Die rechtliche Qualifizierung von Geldbuße, gebührenpflichtiger Verwarnung und Zwangsgeld zugleich eine Untersuchung zur Strafkompetenz der Verwaltung

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
des Fachbereiches Rechtswissenschaft
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von
Franz-Joachim Ruisinger
aus Stuttgart

1970

FOTODRUCK PRÄZIS Barbara v. Spangenberg KG · Tübingen

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547612_0088

Die rechtliche Qualifizierung von Geldbuße, gebührenpflichtiger Verwarnung und Zwangsgeld zugleich eine Untersuchung zur Strafkompetenz der Verwaltung

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
des Fachbereiches Rechtswissenschaft
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von
Franz-Joachim Ruisinger
aus Stuttgart

1970

FOTODRUCK PRÄZIS Barbara v. Spangenberg KG · Tübingen

Dekan: Professor Dr. Robert Scheyhing
1. Berichterstatter: Professor Dr. Günter Dürig
2. Berichterstatter: Professor Dr. Karl Peters

Tag der mündlichen Prüfung: 16. Februar 1970

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Meinem Vater

INHALTSÜBERSICHT

		Seite
§ 1	Geschichtlicher Rückblick auf Verwaltungsreaktionen	1
	I. Die Ordnungsstrafe	2
	II. Die Polizeistrafe	5
	III. Das Zwangsgeld	8
	IV. Die gebührenpflichtige Verwarnung	10
§ 2	Die Geldbuße des OWiG: Rechtsnatur	15
1. Abschnitt:	Die Unrechtsqualität der Ordnungswidrigkeiten	16
	A. Darstellung	16
	B. Kritik	20
2. Abschnitt:	Die Rechtsnatur der Geldbuße	38
	A. Darstellung	38
	B. Kritik	41
3. Abschnitt:	Der Bußgeldbescheid: Verwaltung oder Rechtsprechung (Verwaltungs- oder ordentliche Gerichtsbarkeit)	50
	A. Darstellung	50
	B. Kritik	51
4. Abschnitt:	Gesetzgebungskompetenz für die Rechtsmaterie "Ordnungswidrigkeiten"	60

Seite

§ 3 Die gebührenpflichtige Verwarnung 63

1. Die Rechtsnatur der "Verwarnung" 64
2. Die Rechtsnatur der "Gebühr" 65
3. Die gebührenpflichtige Verwarnung und § 153 StPO 74
4. Das Verfahren 77
5. Strafnatur 88
6. Verfassungsrechtliche Fragen 93

§ 4 Das Zwangsgeld 95

1. Das Zwangsgeld nach dem prPVG 95
2. Gesetzgeberische Motive 98
3. Inhaltliche Qualifizierung 98
4. Folgerung und Abgrenzung der Geldbuße 106

§ 5 Die Strafkompetenz der Verwaltung
Darstellung und Kritik der herkömmlichen Meinungen und Vorbereitung der eigenen Lösung 108

A. Materieller oder formeller Rechtsprechungsbegriff 109

1. Formeller Rechtsprechungsbegriff nach der WV 109
2. Formeller Rechtsprechungsbegriff nach dem GG 109
3. Materieller Rechtsprechungsbegriff nach dem GG 109

B. Die "gelockerte" oder die "starre" Auslegung von Art. 92 GG 112

1. Bedeutung dieser Frage 112
2. Darstellung und Kritik der "gelockerten" Auslegung 114

Seite

3. Fortsetzung: Das Verhältnis von Art. 19 IV GG zu Art. 92 HS 1 GG 121
4. Gesetzgeberische Stellungnahme 126
5. Begründung der "starren" Auslegung 130

C. Inhaltsbestimmung der "rechtsprechenden Gewalt" durch die Literatur 133

1. "Unbeteiligter Dritter" 133
2. "Die Rechtskraft" Vorbereitung der eigenen Lösung 135

§ 6 Eigener Lösungsversuch 138

1. Fragestellung: Welche Strafen fallen in die ausschließliche Zuständigkeit des Richters? 138
2. Die Bedeutung des Richters 142
3. Arten der Richterzuständigkeiten nach dem GG; Richtereinschaltung im Prozeß 144
4. Unterscheidung der ahndenden Sanktionen nach dem Grundrechtseingriff und dem Schutz des Betroffenen 148
5. Freiheitsstrafe - Vermögensstrafe 152
6. Die Mißbilligung der Kriminalstrafe 155
7. Die fakultative Freiheitsstrafe als Unterscheidungskriterium der Strafen 162
8. Kritik der Lösung 172
9. Allgemeine Überlegungen zum gefundenen Ergebnis 178
10. Schlußbemerkung 179

SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS

Verfasser, die in vorliegender Arbeit nur mit einem Werk vertreten sind, werden i.d.R. nur mit dem Namen sowie Seitenangaben etc. zitiert. - Im Text bedeutet bei Werken, die in mehreren Bänden sowie Auflagen erschienen sind, die röm. Zahl hinter dem Namen oder Titel den Band, die arab. Zahl die Auflage. Bsp.: Wolff I., 7., S.12 = Wolff, I.Band, 7.Auflage, Seite 12. - Im Text werden periodische Werke mit Band bzw. Jahrgang und Seite zitiert: Bsp.: NJW 57,113 = NJW 1957, Seite 113.

Abraham, Bühler u.a.	Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar) 1950 ff. (zit.: BK, Bearbeiter)
Altmeyer-Lahn	Verwaltungsvollstreckungsgesetz für Rheinland-Pfalz, Kommentar 1959, (zit.: RhldPf VwVG)
Anschütz, Gerhard	Das Recht des Verwaltungszwanges in Preußen, in: VA 1 (1893), 389 ff.
Anschütz, Gerhard	Die Verfassung des Deutschen Reichs, 14. Auflage, 1933 (zit.: Reichsverfassung)
Arndt, Adolf	Ist eine Strafgewalt des Finanzamtes mit dem Grundgesetz vereinbar?, in: NJW 57, 249
ders.	Strafgewalt der Finanzämter (zum Begriff der rechtsprechenden Gewalt), in: NJW 59, 605 f.
ders.	Rechtsprechende Gewalt und Strafkompetenz, in: Festgabe für Carlo Schmid, Tübingen, 1962, S.5 ff. (zit.: Festschrift)
Arndt, Herbert	Grundriß des Wehrstrafrechts, 2. Auflage, 1966
Bachof, Otto	Verwaltungsgerichtsbarkeit und Justiz unter besonderer Berücksichtigung des Bonner Grundgesetzes, in: SJZ 50, Sp.161 ff., 488 ff.
ders.	Grundgesetz und Richtermacht, in: Tübinger Universitätsreden Nr.6, 1959

Bachof, Otto	Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (zit.: Verf.R.) Band 1, 3. Auflage 1966, Band 2, 1967
Baumann, Jürgen	Strafrecht, Ein Lehrbuch, AT, 5. Auflage, 1968
Baumgarten, Arthur	Grundzüge der juristischen Methodenlehre, Bern, 1939
Bartsch, Hans-Jürgen	Rechtsschutz gegen gebührenpflichtige Verwarnungen (zugleich eine Anmerkung zu BVerwG DÖV 66, 468), in: DÖV 67, 779
Baur, Fritz	Der Begriff der Rechtsprechung und die freiwillige Gerichtsbarkeit, in: DNotZ 1955, 507 ff.
Beling, Ernst	Deutsches Reichsstrafprozeßrecht, 1928 (zit.: StPR)
Bender, Bernd	Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage (zit.: Verwaltungsrecht)
ders.	Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des Verwaltungsstrafverfahrens nach der Abgabenordnung, in: Institut "Finanzen und Steuern", Heft 68, Bonn 1963 (zit.: Steuerstrafverfahren)
Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. - 23. August 1948, München o.J.	
v.Berg	Handbuch des Teutschen Policeyrechts, 4 Teile, 2. Auflage 1802 - 04 (zit.: Policeyrecht)
Bettermann, Karl August	Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis, 3. Band, 2. Halbband, 1959 (zit.: Grundrechte)
ders.	Das Verwaltungsverfahren, in: VVDStRL 17 (1959), 118 ff.
ders.	Strafgewalt und rechtsprechende Gewalt, in: k+v 1964, 283 ff.
ders.	Das Gerichtsverfassungsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: AöR 92 (1967), 496 ff.
Binding	Lehrbuch des gemeinen Strafrechts, Besonderer Teil, 1902 - 1905, Band 1

Bleibtreu	s. Schmidt-Bleibtreu-Klein
Blumenstein, Ernst	Die Rechtsordnung der öffentlichen Finanzwirtschaft, in: Handbuch der Finanzwissenschaft, 1. Band, 2. Auflage, herausgegeben von Gerloff und Neumark, Tübingen 1952, S. 99 ff.
Bockelmann, Paul	Zur Reform des Strafsystems, in: JZ 51, 494
ders.	Literaturberichte, Strafrecht - Besonderer Teil II, in: ZStW 66, 111 ff.
ders.	Schuld und Sühne, in: Göttinger Universitätsreden 19 (1957)
ders.	Vom Sinn der Strafe, in: Heidelberger Jahrbücher V (1961), 25 ff.
ders.	Umwandlung der Verkehrsübertretungen in Ordnungswidrigkeiten, in: k + v 1966, 283 ff.
Bode, Hans-Jürgen	Die gebührenpflichtige Verwarnung, in: DAR 56, 173 ff.
ders.	Die fehlerhafte gebührenpflichtige Verwarnung, in: DAR 58, 1 ff.
ders.	Die Anfechtung der gebührenpflichtigen Verwarnung nach § 22 StVG, in: DAR 65, 293 ff.
ders.	Anfechtung von Bußgeldfestsetzungen, in: DVBl. 66, 593 ff.
ders.	Das Verwarnungsverfahren, in: DAR 69, 57 ff.
ders.	Recht der Ordnungswidrigkeiten (Systematische Darstellung), München 1969 (zit.: Darstellung)
Boldt, Gottfried	Zur Struktur der Fahrlässigkeitstat, in: ZStW 68 (1956), 334 ff.
Bolenius, Jochen-Michael	Straftaten und Ordnungswidrigkeiten in Wettbewerbs- und Kartellrecht, Dissertation, Tübingen, 1965
Bouska, Wolfgang	Forderungen des Straßenverkehrsrechts an die Reform des Ordnungswidrigkeitenrechts, in: DAR 62, 193 ff.
Brinkmann, Karl	Grundrechtskommentar zum Grundgesetz, Bonn, 1967 ff.
Bruns, Hans-Jürgen	Strafzumessungsrecht, Allgemeiner Teil, 1967

Clauss	Das Niedersächsische Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung vom 21.3.51, begründet von Müller-Heidelberg, fortgeführt von Clauss, 2. Auflage, 1956
Copic, Hans	Grundgesetz und politisches Strafrecht neuerer Art, Tübingen 1967
Cordier, Franz	Können die Übertretungen des Straßenverkehrsrecht als Ordnungswidrigkeiten gewertet werden?, in: NJW 59, 2151
ders.	Inhalt und Tragweite des Begriffes "rechtsprechende Gewalt" (eine krit. Auseinandersetzung mit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 6.6.1967), in: NJW 67, 2141 ff.
ders.	Eine "Gebühr", die keine Gebühr ist (zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichts betreffend die Verfassungsmäßigkeit der gebührenpflichtigen Verwarnung gem. § 22 StVG), in: NJW 68, 1123 ff.
Coring, Gerd	Die Verfassungsmäßigkeit finanzamtlicher Strafbefugnis, Dissertation, Köln, 1958
Dernedde	Die Rechtspflege im Grundgesetz, in: ZJBl. 1959, 101 f.
Dreher, Eduard	Zur Spielraumtheorie als Grundlage der Strafzumessungslehre des Bundesgerichtshofs, in: JZ 67, 41 ff.
Drews-Wacke	Allgemeines Polizeirecht, 6. Auflage 1954 (im Text besonders vermerkt), 7. Auflage, 1963
Drost	Die Hauptgedanken des neuen Wirtschaftsstrafrechts, in: DRZ 49, 405 ff.
Dünnebier, Hans	(Buchrezension) JZ 58, 551 f.
Ebisch, Hellmut	Wirtschaftsstrafgesetz, Kommentar, 1959
Ellinger	Verwaltungsstrafverfahren und Rechtsstaatsgedanken, in: DStZ, Ausgabe A, 1950, 408 ff.
Eschenburg, Theodor	Staat und Gesellschaft in Deutschland, Stuttgart 1960
Eser, Albin	Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, Dissertation, Würzburg 1961
Feucht, Klaus	Die Vorschaltung von Verwaltungsbehörden vor die Gerichte, insbesondere das Verfahren nach dem Bad.-Württ. Gemeindegerichtsgesetz, Dissertation, Tübingen, 1965

Fleiner, Fritz	Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Auflage, 1928
Floegel-Hartung	Straßenverkehrsrecht, 17. Auflage, 1968, 13. Auflage 1961 (im Text besonders vermerkt)
Foerstemann	Principien des preußischen Polizeirechts, 1869
Forsthoff, Ernst	Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938
ders.	Verfassungsprobleme des Sozialstaats, Hamburg, 1954
ders.	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band (zit.: LB), 9. Auflage 1966 (frühere Auflagen sind im Text vermerkt)
Friesenhahn, Ernst	Über Begriff und Arten der Rechtsprechung. Unter besonderer Berücksichtigung der Staatsgerichtsbarkeit nach dem Grundgesetz und den westdeutschen Landesverfassungen, in: Festschrift für Richard Thoma, 1950, S.21 ff. (zit.: Festschrift)
Fromme, Friedrich Karl	Von der Weimarer Verfassung zum Bonner Grundgesetz, in: Tübinger Studien zur Geschichte und Politik, Heft Nr.12, 1960
Fuhrmann	in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, Strafrecht und Strafverfahren, 37. Auflage, 1961 (zit.: Dalcke-F.)
Gerber, Hans	Freiheitsentziehung nach Art.104 GG (eine kritische Betrachtung zum badischen Irrenfürsorgegesetz aus), in: DÖV 52, 387 ff.
Gerloff, Wilhelm	Die Gebühren, in: Handbuch der Finanzwissenschaft, 2. Band, 2. Auflage, Tübingen 1956, S.203 ff.
Gerner-Winckhler	Wirtschaftsstrafgesetz 1954 mit Erläuterungen, 1954
Giese, Friedrich	Allgemeines Verwaltungsrecht (Vorlesungsgrundriß), 3. Aufl. Tübingen 1952
ders.	Zur Frage der steuerbehördlichen Strafbefugnis, in: FR 57, 217 f.
Goehler, Erich	Ordnungswidrigkeitengesetz, Kommentar, München 1968
Gönnewein, Otto	Gemeinderecht, Tübingen 1963

Goldschmidt, James	Das Verwaltungsstrafrecht, Berlin 1902
ders.	Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts, in: GA 49 (1903), 71 ff.
ders.	Die Deliktsobligationen im Verwaltungsrecht, in: IKV XII (1905), 217 ff.
ders.	Das Verwaltungsstrafrecht im Verhältnis zur modernen Staats- und Rechtslehre, in: Festgabe der Jur. Gesellschaft zu Berlin für Richard Koch, Berlin 1903 (zit.: Festschrift)
ders.	Die "Typentheorie". Eine kritische Besprechung von Belings "Lehre vom Verbrechen und der 3. Auflage seiner "Grundzüge", in: GA 54 (1907), 20 ff.
ders.	Die Rechtsgültigkeit des Zwangsgeldes in Polizeiverordnungen nach dem preußischen Polizeiverwaltungsgesetz, in: ZStW 52 (1932), 497 ff.
Gossrau, Eberhard	Ist die Strafgewalt und die Bußgeldkompetenz von Verwaltungsbehörden mit Art. 92 GG vereinbar?, in: NJW 58, 929 ff.
Gross, Alfred	Dem Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts zum Geleit, in: MDR 49, 528 ff.
Haas, Dieter	Landesrecht vor Bundesgerichten? (Über das Wesen der Rechtsprechung und das Gewohnheitsrecht), in: DVBl. 57, 368 ff.
Haas-Redding	Steuerstrafen und Finanzverwaltung, in: JZ 53, 545
Habscheid, Walther	Steuerstrafverfahren und Grundgesetz, in: MDR 66, 1ff.
Häberlin	Repertorium des Teutschen Staats- und Lehnrechts, 4. Teil, 1795 (zit.: Häberlin)
Haferkorn, Dietrich	Die gebührenpflichtige Verwarnung, Dissertation, Marburg 1965
Hagedorn, Manfred	Die verfassungsrechtliche Problematik der gebührenpflichtigen Verwarnung nach § 22 StVG, in: DÖV 66, 408 ff.

Hall, Karl-Heinrich	Die Prüfung von Gesetzen auf ihre Verfassungsmäßigkeit durch die Verwaltung (historische Grundlagen und geltendes Recht), Dissertation, Tübingen, 1963
Hamann, Andreas	Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 2. Auflage 1960 (zit.: Komm.)
ders.	Grundgesetz und Strafgesetzgebung, in: Strafrecht, Strafverfahren, Kriminologie, Band 7, 1963 (zit.: Strafgesetzgebung)
Hartmann, Nicolai	Ethik, 2. Auflage, Berlin und Leipzig, 1935
Hartung, Fritz	Verwaltung und gerichtliches Steuerstrafverfahren, in: NJW 56, 41 ff.
ders.	Zweifelsfragen zur gebührenpflichtigen Verwarnung, in: Polizei-Praxis 56, 60 ff.
Haueisen	Die Rechtsgrundlage der Vollstreckung des Verwaltungsaktes, in: NJW 56, 1457 ff.
Hauser, Arnold	Über den Ersatzanspruch aus amtspflichtmäßigen, rechtswidrigen Staatsakten, Zürich, 1934
Haver	Ist die Strafgewalt des Finanzamtes mit dem Grundgesetz und der Menschenrechtskonvention vereinbar?, in: NJW 57, 88 ff.
Heinitz, Ernst	Empfiehlt es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?, in: Gutachten für den 40. Deutschen Juristentag, S. 67 ff.
Henkel, Heinrich	Strafverfahrensrecht, Ein Lehrbuch, 2. Auflage 1968. (1. Auflage 1953)
Hepp	Kommentar zum württembergischen Strafgesetzbuch 1839, Band I
Hesse, Konrad	Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Auflage, 1969 (zit.: Grundzüge)
v. Hippel, Robert	Deutsches Strafrecht, Band 1 (Allgemeine Grundlagen) 1925, Band 2 (Das Verbrechen, Allgemeine Lehren), 1930

Hodler, Christian	Nochmals: Rechtsgültigkeit der auf Landesrecht beruhenden gebührenpflichtigen Verwarnungen, in: NJW 52, 1364 f.
Hofacker, W.	Verhältnis der Exekutiv(Ungehorsams-, Zwangs-)Strafen zu den Kriminal = (allgemeinen) Strafen nach dem geltenden Recht, in: VA 14 (1906), 447 ff.
ders.	Über Verwaltungsstrafrecht, in: VA 15 (1907), 404 ff.
Hoffmann	Deutsches Zollrecht, 1. Band, 1902
Holtzendorf	Handbuch des deutschen Strafrechts, 1871 (zit.: Hdb)
Hübschmann-Hepp-Spitaler	Kommentar zur Reichsabgabenordnung und den Nebengesetzen, 1. - 4. Auflage 1951/60 (zit.: Hübschmann-Hepp)
Jagusch	in: Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar), 8. Aufl. 1957/58, herausgegeben von Jagusch und Mezger (zit.: LK)
Jahreiß, Hermann	Die Rechtspflege im Bonner Grundgesetz, in: Verhandlungen des 37. Deutschen Juristentages, 1950, S. 26 ff.
Jellinek, Walter	Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Offenburg, 1948
Jesch, Dietrich	Die Bindung des Zivilrichters an Verwaltungsakte, Tübingen, 1956
Jescheck, Hans-Heinrich	Die europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, in: NJW 54, 783 ff.
ders.	Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht, in: JZ 59, 457 ff.
ders.	Die weltanschaulichen und politischen Grundlagen des Entwurfes eines Strafgesetzbuches (E 62), in: Probleme der Strafrechtsreform, 1963, S. 30 (zit.: Grundlagen)
ders.	Lehrbuch des Strafrechts, , AT, Berlin 1969 (zit.: Strafrecht)
Kääb-Rösch	Bayerisches Landesstraf- und Verordnungsgesetz, 2. Auflage, 1967
Kägi, Oskar Werner	Zur Entstehung, Wandlung und Problematik des Gewaltenteilungsprinzips, Dissertation, Zürich 1937 (zit.: Gewaltenteilung)

Kaufmann, Arthur	Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, Mainz, 1950
ders.	Das Schuldprinzip, Heidelberg, 1961
ders.	Analogie und "Natur der Sache", zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, in: Juristische Studiengesellschaft, Karlsruhe, Schriftenreihe, Heft 65/66, 1965
Kern, Eduard	§ 95: Grundsätzliches und Übersicht (S. 475 ff.); § 96: Die ordentliche Gerichtsbarkeit und die Sondergerichtsbarkeit (S. 495 ff.) - in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band 2 (1932), 5. Hauptstück, IV
ders.	Die Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiet der Strafgerichtsverfassung und des Strafverfahrens, in: MDR 50, 582 ff.
ders.	Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts, 1954 (zit.: Geschichte)
ders.	Gerichtsverfassungsrecht, 3. Auflage, 1959 (Nachtrag: 1961)
ders.	Das Ende der Friedensgerichte, in: JZ 60, 244 ff.
Kern-Roxin	Strafverfahrensrecht, Ein Studienbuch, 9. Auflage, 1969
Kischa, Herbert	Das Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Dissertation, Würzburg, 1956
Kiskalt, Hans	Die Entwicklung des deutschen Polizeirechts, in: Die Polizei, 63, 120 ff.
ders.	Deutsches Polizeirecht, Darmstadt, 1964
Kitzinger, Friedrich	Die Stellung der Gesellschaft zum Verbrechen und zur Strafe, in: Recht und Staat, Heft 38 (1925)
Klausner-Kerstins-Kempner	Kommentar zum Polizeiverwaltungsgesetz, Berlin, 1932
Klein, Friedrich	Rechtsgutachten über die Zulässigkeit des Verwaltungssteuerstrafverfahrens, insbesondere seine Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz, erstattet im Auftrag des Bundesministers der Finanzen, 1959 (zit.: Gutachten)

Kleinknecht-Müller-Reitberger	Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 4. Auflage, 1958 (s. auch: Müller-Sax)
Koffka, Else	Welche Strafzumessungsregeln ergeben sich aus dem geltenden StGB?, in: JR 55, 322 ff.
Kohlhaas	in: Erbs-Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Bd. 2, 1969, OWiG, Erläuterungen von Kohlhaas
Kohlrausch-Lange	Strafgesetzbuch, 42. Auflage 1959
Kosterlitz, Hans-Krafft-Zoebe, Gerhard	Das neue Wirtschaftsstrafrecht (Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts), Heidelberg, 1949 (zit.: Kosterlitz-Zoebe)
Kracht, Ernst	Die Bedeutung des Art. 104 GG in der öffentlichen Fürsorge, in: DVBl. 50, 517 ff.
Krakenberger, Paul	Die rechtliche Natur der Ordnungsstrafe, in: Strafrechtliche Abhandlungen Heft 156 (1912)
Krüger, Herbert	Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, 1950
Krümpelmann, Justus	Die Bagatelldelikte, Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungsbegriff, in: Schriften zum Strafrecht, Band 4, 1966
Küchenhoff, Erich	Ungeschriebene Bundeszuständigkeiten und Verfassungsauslegung, in: DVBl. 51, 585 ff., 617 ff.
Kühn, Rolf	Abgabenordnung, 8. Auflage, 1966
Kussmann, Manfred	Der Rechtsschutz der Strafgefangenen nach den §§ 22 - 30 EGGVG, Dissertation, Münster, 1963
Laband, Paul	Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Auflage, 2. Band 1911 (zit.: Staatsrecht)
ders.	Deutsches Reichsstaatsrecht, 6. Auflage, 1912 (zit.: Reichsstaatsrecht)
Lackner, Karl	Was soll aus den Verkehrsübertretungen werden?, in: Juristen-Jahrbuch 1963/64, S. 73 ff.
Lange, Richard	Ordnungswidrigkeiten als Vergehen, in: GA 1953, 3 ff.

Lange, Richard	Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre, in: JZ 56, 73 ff.
ders.	Nur eine Ordnungswidrigkeit, in: JZ 57, 233 ff.
Lang-Hinrichsen, Dietrich	Zur Frage der Schuld bei Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, in: GA 1957, 225 ff.
ders.	Verbandsunrecht, zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, in: Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Hellmuth Mayer, 1966, S. 49 ff.
Larenz, Karl	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Auflage, 1969
Lassally, Osswald	Zur Rechtsnatur der gebührenpflichtigen Verwarnung, in: Die Polizei, 1960, 69 ff.
Loening	Gerichte und Verwaltungsbehörden in Brandenburg-Preußen, 1914
Löwe-Rosenberg	Strafprozeßordnung nebst GVG und Nebengesetzen, 15. Auflage, bearb. von Rosenberg
Lorenz, Robert	Rechtsgrundlagen der Ahndung von Verstößen gegen kommunale Satzungen, in: DVBl. 61, 544 ff.
Lorz, Albrecht	Naturschutz-, Tierschutz- und Jagdrecht, 1961 (zit.: Jagdrecht)
Lotze, Wilhelm	Sind Unterwerfungsverfahren und Strafbescheide der Finanzämter mit Art. 20 und 92 vereinbar?, in: NJW 56, 1540 ff.
Lucas	Gebührenpflichtige Verwarnung durch die Polizei, in: Polizei-Praxis 52, 134
v. Mangoldt, Hermann	Das Bonner-Grundgesetz, 1. Auflage 1953 (zit.: Mangoldt)
v. Mangoldt-Klein	Das Bonner Grundgesetz, 2. Auflage, Band 1, 1957, Band II, 1964 (zit.: v. Mangoldt-Klein)
Maunz, Theodor	Deutsches Staatsrecht, Ein Studienbuch, 16. Auflage, 1968 (frühere Auflagen sind im Text besonders vermerkt)
Maunz-Dürig-Herzog	Grundgesetz, Kommentar, 1969 (zit.: Maunz-Dürig)

Maurach, Reinhart — Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, 1965 (zit.: AT)

Mattern, Gerhard — Strafgerichtsbarkeit, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Verhältnis Verwaltung und Rechtspflege, in: StW 1950, 351 ff.

ders. — Verwaltungs- und gerichtliches Steuerstrafverfahren, in: ZStW 67 (1955), 363 ff.

ders. — Das Verwaltungs-Steuerstrafverfahren, in: DStZ, Ausgabe A, 1957, 97 ff.

Mattes, Heinz — Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, dogmengeschichtlich, systematisch und rechtsvergleichend eingehend entwickelt und begründet, Dissertation, Freiburg 1959 (Diese von Jescheck in: JZ 59, 461 zitierte Dissertation konnte der Verfasser nur als Druckfahne bzw. als Manuskript einsehen, da sie noch nicht fertiggestellt war; allein darauf beziehen sich daher die Fundstellenangaben in der vorliegenden Arbeit)

Mayer, Hellmuth — Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1953

Menger, Christian Friedrich: Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, in: VA 51 (1960), 64 ff.
in: VA 59 (1968), 67 ff. (bearbeitet von Menger-Erichsen)

ders. — System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, 1954 (zit.: System)

Merk, Wilhelm — Deutsches Verwaltungsrecht, Band 1, 1962

Mezger-Blei — Strafrecht I, Allgemeiner Teil, 12. Auflage, 1967 (zit.: AT)

Michels, Hans Gerhard — Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung, in: Neue Kölner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Heft 24 (1963)

Mielke, Manfred — Die bestehenden Strafbefugnisse der Finanzbehörden sind rechtswidrig, in: Aus Beruf und Praxis, Nr. 4 (1956), S. 7 ff.

Mittelbach, Hans	Ersatzfreiheitsstrafe (§ 29 StGB), in: NJW 57, 1138 f.
ders.	Aus dem Gebiet der Bußgeldsachen, in: DRiZ 55, 184 ff.
ders.	Zur Bemessung der Geldbuße bei Ordnungswidrigkeiten, in: DÖV 57, 251 ff.
ders.	Die Ahndung von Verkehrsverstößen in Bußgeldverfahren, in: MDR 58, 65 ff.
ders.	Das Ordnungswidrigkeitsverfahren in Gegenwart und Zukunft, in: MDR 59, 617 ff.
Mietzschke-Schäfer	Kommentar zum Bundesjagdgesetz, 2. Auflage, 1957
Möllinger, Otto	Gerichtsbarkeit bei Steuerdelikten, in: AöR 80 (1955/1956), 276 ff.
Müller, Fritz	Straßenverkehrsrecht, 21. Auflage 1959, 22. Auflage Band 1 (bearbeitet von Full-Möhl-Rüth) 1969
Müller, Rudolf	Die Freiheitsstrafe bei schweren Steuerdelikten in der Praxis, in: NJW 60, 609 ff.
Müller-Henneberg-Schwartz	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung, Nachtrag, 1966
Müller-Sax	Kommentar zur Strafprozeßordnung, KMR, 6. Auflage, 1966, Band 1: StPO, Bd. 2: GVG, OWiG
Niese, Werner	Das Steuerstrafverfahren, in: ZStW 70 (1958), 337 ff.
Noll, Peter	Die ethische Begründung der Strafe, in: Recht und Staat, Heft 244, 1962
Nowakowski, Friedrich	Freiheit, Schuld, Vergeltung, in: Festschrift für Theodor Rittler, 1957, S. 55 ff.
Nüse, Karl-Heinz	Gedanken zum Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafgesetzes, in: JR 49, 401 f.
Olroth, Charles Theodor	Die Strafverfügung, Dissertation, Köln, 1957
Paira, Waldemar	Das Zwangsgeld im preußischen Polizeiverwaltungsgesetz vom 1.6.1931 und die Frage seiner Rechtsbeständigkeit, in: Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 334
Patzig, Werner	Theorie und Praxis des Rechts der Ordnungswidrigkeiten, in: DÖV 54, 360 ff.

Patzig, Werner	Landesgesetzgeber und Ordnungswidrigkeitenrecht, in: DÖV 56, 261 ff., 295 ff.
ders.	Das Ordnungswidrigkeitenrecht, in: VA 50 (1959), 339 ff.
ders.	in: v. Brauchitsch-Ule, Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, Band 1, 1. Halbband, 1962: Verwaltungsorganisation und Verwaltungsverfahren, Teil D: OWiG, bearbeitet von Patzig (zit.: OWiG)
ders.	10 Jahre Ordnungswidrigkeitengesetz, in: DÖV 62, 737 ff.
ders.	Das Ordnungswidrigkeitenrecht - Rückblick - Ausblick, in: DÖV 67, 352 ff.
Pechstein, Hans	Vom alten und neuen Sinn der Ordnungsstrafe, in: Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 426 (1942)
Peters, Hans	Lehrbuch der Verwaltung, 1949
Peters, Karl	Strafprozeß, Ein Lehrbuch, 2. Auflage 1966
ders.	Gedanken zur Kriminalstrafe, in: Stimmen der Zeit, Monatsschrift für das geistige Leben der Gegenwart, Band 160 (1956/57), 12 ff. (zit.: Kriminalstrafe)
Pioch, Hans Hugo	Das Polizeirecht, in: Grundriß des Verwaltungsrechts, Band 25, 2. Auflage, 1952
Preger, K.	Die Ordnungsstrafe im Reichsrecht, in: AöR 7 (1892), 365 ff.
Rebmann-Roth-Hermann	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten 1968 (zit.: Rebmann-R.-H.)
Reh, Hans-Joachim	Rechtsgültigkeit der auf Landesrecht beruhenden gebührenpflichtigen polizeilichen Verwarnung, in: NJW 52, 1121 f.
Reich	Nochmals: Gebührenpflichtige Verwarnung an Stelle polizeilicher Strafverfügung, in: Die Polizei 1927, 121 ff.
Reichard, Hans	Gesetz über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehung, 1956

Reichmann, Ernst	Die gebührenpflichtige Verwarnung, Dissertation, Freiburg, 1934
Reiff, Hermann	Polizeigesetz für Baden-Württemberg, Textausgabe mit Erläuterung, 2. Auflage 1958 (1. Auflage 1956)
Reuss, Hermann	Vom Wesen des Richtens, in: DVBl. 55, 311 ff.
Rietzsch	Ordnungsstrafrecht, in: JW 38, 773 ff., 1073 ff.
v. Rosen-v. Hoewel	Gebühren, Beiträge, Hand- und Spanndienste, in: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band III, 1959, S. 454 ff.
Roßner, Paul	Kann eine Zwangsstrafe neben einer Kriminalstrafe verhängt werden?, Dissertation, Jena, 1932
Rotberg, Hans Eberhard	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Auflage, 1964
Rupp, Hans Heinrich	Die Pflicht zum Warten auf die Polizei bei der Verkehrsunfallflucht, aus der Sicht des Verfassungs- und Verwaltungsrechts, BayObLG NJW 66, 588, in: JuS 67, 163 ff.
Salzmann, Claus-Peter	Die beschleunigte Ahndung von Verkehrsdelikten, Marburg, 1962
Samper, Rudolf	Kommentar zum bayerischen Polizeiaufgabengesetz, 1965 (zit.: PAG)
Sax, Walter	Grundsätze der Strafrechtspflege, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, 3. Band, 2. Halbband, 1959, S. 909 ff.
Sauer, Wilhelm	Die Strafe als Steigerung von Pflichten, in: Gerichtssaal 97 (1928), 27 ff.
Schäfer, Karl	in: Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 20. Auflage, 1956/58, 21. Auflage, 1962
ders.	Die polizeiliche Strafverfügung nach dem neuen preußischen Polizeiverwaltungsgesetz, in: ZStW 51 (1931), 957 ff.

Schäfer, Karl	in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, Strafrecht und Strafverfahren, 37. Auflage, 1961 (zit.: Dalcke-F.)
Scheer-Trubel	Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz 6. Auflage, 1961
Schicker, Arthur	Umstellung von Verkehrsstraftatbeständen auf Ordnungswidrigkeiten, in: DVBl. 59, 158 ff.
Schiedermair, Rudolf	Einführung in das bayr. Polizeirecht, 1961
Schlegtendahl, Bernhard	Tatbestand, Vorsatz und Fahrlässigkeit bei den Ordnungswidrigkeiten, Dissertation, Freiburg, 1957
v. Schlotheim, Hofgeismar	Zur Problematik und zur "Entproblematisierung" des Verkehrsstrafrechts, in: DAR 60, 273 ff.
Schmidt-Bleibtreu-Klein	Kommentar zum Grundgesetz, 1967 ff. (zit.: Bleibtreu)
Schmidt, Eberhard	Probleme des Wirtschaftsstrafrechts, in: SJZ 48, Sp. 225 ff.
ders.	Rechtsnot im Wirtschaftsstrafrecht und ihre Überwindung, in: SJZ 48, Sp. 569 ff.
ders.	Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, 1950 (zit.: NdWiStr.)
ders.	Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, in: JZ 51, 101 ff.
ders.	Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsrecht, Teil I, 2. Auflage 1965, Teil II, 1957; Nachtrag und Ergänzungen zu Teil II, 1. Lieferung 1966 (zit.: Nachtragsband)
ders.	Kriminalpolitische und strafrechtsdogmatische Probleme in der deutschen Strafrechtsreform, in: ZStW 69, (1957), 359 ff.
ders.	Strafzwecke und Strafzumessungsregeln, in: Materialien zur Strafrechtsreform, Band 1 (zit.: Strafzwecke)
ders.	Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Auflage, 1965 (zit.: Rechtsgeschichte)
Schmidt-Streller	Philosophisches Wörterbuch, Stuttgart, 1955

Schmidt, Rudolf	Poststrafverfahren und Bonner Grundgesetz, in: Jahrbuch des Postwesens, 1956/57, S. 149 ff.
Schmidhäuser, Eberhard	Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958
ders.	Vom Sinn der Strafe, 1963
Schmitt-Lermann	Bayerisches Verwaltungszustellungs- und Vollstreckungsgesetz, Handkommentar, 1961 (zit.: BayrVwVG)
Schneider, Hans-Wilhelm	Zwangsgeld und Geldbuße, Dissertation, Köln, 1963 (zit.: Zwangsgeld)
Schneider, Peter	Zur Problematik der Gewaltenteilung im Rechtsstaat der Gegenwart, in: AöR 82 (1957), 1 ff.
Schneider, Wolfgang	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, in: Wirtschaftskommentarreihe, Heft 81 (1952), Frankfurt/M.
Schönke-Schröder	Strafgesetzbuch, Kommentar, 14. Auflage
Schoreit, Armin	Die sogenannten Ordnungswidrigkeiten, in: GA 1967, 225 ff.
Schorn, Hubert	Die Strafgewalt der Finanzämter, in: JR 65, 171 f.
Schröder, Richard	Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 5. Auflage, 1907
Schultze-Gaevernitz	Das preußische Staatsrecht, 2. Auflage 1888
Schunck-De Clerck	Verwaltungsgerichtsordnung, 1961
Schwarz-Dreher	Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Auflage
Schwarz-Kleinknecht	Strafprozeßordnung, Kommentar, 28. Auflage
Siegert, Karl	Die Abgrenzung der Wirtschaftsstraftaten von den Ordnungswidrigkeiten, in: BB 1953, 393 ff.
Sommer, Wolfgang	Die Abgrenzung von Wirtschaftsstraftaten und Ordnungswidrigkeiten, Dissertation, Tübingen, 1952
Spanner, Hans	Grundrechtsprobleme, in: VA 51 (1960), 164 ff.
Spiro, Eberhard	Zwangsasylierung von Tuberkulosekranken?, in: DÖV 51, 344 ff.
Stein, Walter	Über das Wesen und die Bedeutung des Zwangsgeldes, in: DVBl, 56, 505 ff.

Stermose	Ordnungsstrafe im Gegensatz zur Kriminalstrafe, Dissertation, Erlangen, 1910
Stoecker	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, mit Erläuterungen, 1952
ders.	Das Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, in: MDR 52, 385 ff.
Straub	Die gebührenpflichtige Verwarnung in Baden, in: Zeitschrift für badische Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege, 1929, S. 97 ff., 113 ff.
Strauß, Walter	Die rechtsprechende Gewalt im Bonner Grundgesetz, in: SJZ 49, 523 ff.
Süsterhenn-Schäfer	Kommentar zur Verfassung von Rheinland-Pfalz, 1950 (zit.: Komm.)
Terstegen, W.O.W.	Gutachten über die Strafhoheit der Finanzverwaltung unter praktischen, psychologischen und rechtspolitischen Gesichtspunkten, erstattet im Auftrag des Bundesministers der Finanzen, 1959 (zit.: Gutachten)
Theilacker, Gerhard	Friedensgerichtsbarkeit und Rechtspfleger, Dissertation, Tübingen, 1963
Thoma, Richard	§ 71: Grundbegriffe und Grundsätze (S. 108 ff.), in Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band 2, 1932 (zit.: HDStR)
Tiedemann, Klaus	Gleichheit und Sozialstaatlichkeit im Strafrecht, in: GA 1964, 353 ff.
ders.	Die Gesetzgebungskompetenz für Ordnungswidrigkeiten, in: AöR 89 (1964), 56 ff.
Traeger	Die Geldstrafe als Hauptstrafe, in: Der Gerichtssaal 78 (1911), 241 ff.
Trops, Friedrich	Begriff und Wert eines Verwaltungsstrafrechts, in: Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 208 (1926)
v. Turegg-Kraus	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 4. Auflage, 1962
Ule, Carl Hermann	Verwaltungsprozeßrecht, Ein Studienbuch, 3. Auflage, 1963

Ule-Rasch	v. Brauchitsch-Ule, Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, Band III, 1. Halbband: Allg. Polizei- und Ordnungsrecht, 1965, bearbeitet von Ule-Rasch (zit.: Ule-Rasch)
Wagner	Gebührenpflichtige Verwarnung an Stelle polizeilicher Strafverfügung, in: Die Polizei, 1927, 52 f.
v. Weber, Helmuth	Die Durchsetzung der Grundrechte in der europäischen Menschenrechtskonvention in der deutschen Strafrechtspflege, in: MDR 55, 386 ff.
Welzel, Hans	Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht, in: JZ 56, 238 ff.
ders.	Das Deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung, 10. Auflage, 1967
Wernicke, Konrad	Die Ordnungswidrigkeiten im Wasserhaushaltsgesetz, in: NJW 63, 326 ff.
Wiese, Walter	Der Verfassungssatz ne bis in idem - Art. 103 Abs. 3 GG - und das Verhältnis von Kriminal- und Dienststrafrecht, in: VA 56 (1965), 203 ff., 354 ff.
Wimmer, August	Straftat und Ordnungswidrigkeit, in: NJW 57, 1169 ff.
ders.	Die Ahndung von Ordnungswidrigkeiten und der Schuldvorwurf, in: NJW 60, 1545 ff.
ders.	Die Ahndung von Straßenverkehrsverstößen im ersten polizeilichen Zugriff, in: Die Polizei 1960, 161 ff.
Wolf, Erik	Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem, in: Festschrift für Reinhard von Frank, Band II, 1930, S. 516 ff. (zit.: Festschrift)
Wolff, Hans Joachim	Das Verfahren bei Freiheitsentziehung, in: DÖV 51, 313 ff.
ders.	Die Gestaltung des Polizei- und Ordnungsrechts, insbesondere in der britischen Besatzungszone, in: VVDStRL 9 (1952), 134 ff.
ders.	Verwaltungsrecht, Ein Studienbuch, I. Band, 7. Auflage, 1968; III. Band, 1. Auflage 1966
Zeitlmann, Rupert	Bußgeldverfahren und Rechtsbehelf dagegen (zum OWiG vom 25. III. 52), in: Polizei-Praxis 1952, 155 ff.

Zinn, Georg August — Die Rechtsprechung, in: DÖV 49, 278 ff.

Zipf, Heinz — Die Geldstrafe in ihrer Funktion zur Eindämmung der kurzen Freiheitsstrafe, in: Strafrecht, Strafverfahren, Kriminologie Band 14 (1966).

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten
a.M.	anderer Meinung
AmtsBl.	Amtsblatt
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
AOStPOÄG	Änderungsgesetz zur AO und zur StPO
AöR	Archiv für öffentliches Recht
Art.	Artikel
AS	Amtliche Entscheidungssammlung
BAnz	Bundesanzeiger
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Der Betriebsberater
BFH	Bundesfinanzhof
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof (-St = in Strafsachen; -Z = in Zivilsachen)
BK	Bonner Kommentar
BMV	Bundesminister für Verteidigung
BR	Bundesrat
BT	Bundestag
BT DrS	Anlage zu den Steno-Berichten des Bundestags, zitiert nach Wahlperiode (römische Zahl) und Nummer (arabische Zahl)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVwVG	Bundesverwaltungsvollstreckungsgesetz
DAR	Deutsches Autorecht
ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift

DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DStRZ	Deutsche Strafrechtszeitung
DStZ	Deutsche Steuerzeitung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
E	amtliche Entscheidungssammlung
EGOWiG	Einführungsgesetz zum OWiG
Erl.	Erläuterung
f.(ff.)	folgende Seite (folgende Seiten)
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FR	Finanzrundschau
GA	Goldtammers Archiv für Strafrecht und Strafprozeßrecht
GBl.	Gesetzblatt
GG	Grundgesetz
GöSo	Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung
GS	Gesetzessammlung
G.-S.	Gesetzessammlung für die königlich preußischen Staaten
g.V.	gebührenpflichtige Verwarnung
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HandwO	Handwerksordnung
HDStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts
HS	Halbsatz
h.L. (h.M.)	herrschende Lehre (herrschende Meinung)
i.d.F.v.	in der Fassung vom
IKV	Mitteilungen der internationalen kriminalistischen Vereinigung
i.V.m.	in Verbindung mit
JBl.	Justizblatt
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JöR	Jahrbuch für öffentliches Recht
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
Komm.	Kommentar
k+v	Kraftfahrt und Verkehrsrecht

LB	Lehrbuch
LVwG	Landesverwaltungsgesetz
LK	Leipziger Kommentar
MABl.	Ministerielles Amtsblatt
MBl.(i.V.)	Ministerialblatt (für die innere Verwaltung)
MdI	Innenminister
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
N.C.C.M.	Novum Corpus Constitutionum Marchicarum = Neue Sammlung in der Chur- und Mark-Brandenburg ergangener Verordnungen
ndsSOG	niedersächs. Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung
NdWiStr	Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, Schrift von E. Schmidt, s. Literaturverzeichnis
Niederschriften	Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
N(R)W	Nordrhein-Westfalen
OVG	Oberverwaltungsgericht
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz (ohne besondere Angaben ist das Gesetz von 1952 gemeint)
PAG	bayerisches Polizeiaufgabengesetz
Parl Rat	Parlamentarischer Rat
PolG	Polizeigesetz
pr PVG	preußisches Polizeiverwaltungsgesetz
RAO	Reichsabgabenordnung
Rdnr.	Randnummer
Rderl.	Runderlaß
RegBl.	Regierungsblatt
RG	Reichsgericht (-St = in Strafsachen)
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RuPrVerwBl.	Reichs- und Preußisches Verwaltungsblatt
RPflG	Rechtspflegergesetz
s.	siehe
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
Sp.	Spalte
StAnz	Staatsanzeiger
Steno.Ber.	Stenographische Protokolle

StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
Strafr. Abh.	Strafrechtliche Abhandlungen
StrafRegVO	Strafregisterverordnung
StrRG	Gesetz zur Reform des Strafrechts
StuW	Steuer und Wirtschaft
StVG	Straßenverkehrsgesetz
VA	Verwaltungsarchiv
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VerkMitt	Verkehrsrechtliche Mitteilungen
VerwRspr	Verwaltungsrechtsprechung
VG(H)	Verwaltungsgericht(-shof)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVG	Verwaltungsvollstreckungsgesetz
WehrDO	Wehrdisziplinarordnung
WiGBl	Gesetzblatt der Verwaltung des vereinigten Wirtschaftsgebietes
WiStG	Wirtschaftsstrafgesetz
WV	Weimarer Reichsverfassung
zit.	zitiert =die in der Arbeit verwendete Abkürzung
ZJBl.	Zentraljustizblatt für die britische Zone
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

§ 1

GESCHICHTLICHE ENTWICKLUNG

Hauptgegenstand der vorliegenden Arbeit ist die Strafkompetenz der Verwaltung, d.h. die Frage, auf welchem Gebiet und in welchem Umfang die Verwaltungsbehörden zur Verhängung von Strafen zuständig sind. Entsprechend diesem Thema steht auch bei der geschichtlichen Betrachtung die Verwaltung und ihre Befugnis zur Verhängung staatlicher Sanktionen oder sonstiger Reaktionsmittel im Vordergrund.

Wenn sich überhaupt aus der historischen Entwicklung eine Antwort oder Folgerung für diese Frage entnehmen läßt, dann nur, wenn man der Befugnis der Verwaltung besondere Aufmerksamkeit zuwendet. Unergiebig wäre insoweit, die Geschichte der Strafen zu verfolgen, die durch die Gerichte verhängt wurden, oder schlechthin die Entstehung und Entwicklung der Strafe überhaupt. Von beidem wurde deshalb hier abgesehen, so daß die Geldstrafe, soweit sie von Gerichten verhängt wurde, hier nicht erörtert wird. Die historische Darstellung beschränkt sich daher darauf, die Entwicklung der Sanktionen (hier verstanden als Oberbegriff für Strafen und sonstige staatliche Reaktionsmittel) zu verfolgen, deren Ausspruch zur Zuständigkeit der Verwaltung gehörte[1a].

Da die Bezeichnungen "Geldbuße" und "Zwangsgeld" erst sehr spät durch den Gesetzgeber eingeführt wurden, werden die jeweiligen Vorgänger dieser Sanktionen in die Betrachtung mit einbezogen; ebenso die Polizeistrafe (polizeiliche Strafverfügung), die als solche gesetzlich nicht mehr geregelt ist, die aber als eine Sanktion der Verwaltung zu diesem Themenbereich gehört und die zu den anderen Verwaltungs-Sanktionen enge Verbindung besitzt.

1a) Ausgeklammert wird damit die geschichtliche Darstellung der seit Feuerbach über Goldschmidt bis heute andauernden Erörterung des sog. Polizei- bzw. Verwaltungsstrafrechts.

I. Die "Ordnungsstrafe"

Die Geldbuße des OWiG ist ein relativ neues Rechtsinstitut. Es verdankt seine Entstehung dem WiStG vom 26. Juli 1949[1]. Zumindest in tatsächlicher Hinsicht hat sie eine Vorgängerin, die schon eine lange Geschichte hat: die Ordnungsstrafe; denn das WiStG ersetzt, wie sich aus seiner amtlichen Begründung ergibt, die bisher gebräuchlichen Begriffe "Ordnungsstrafe, Ordnungsstrafverfahren, Ordnungsstrafbescheid" durch die Neubildung "Geldbuße, Bußgeldverfahren, Bußgeldbescheid"[2] (ob diese Erklärung auch rechtlich zutrifft, d.h. ob es sich bei der Geldbuße um eine Strafe handelt, ist der späteren Untersuchung vorbehalten). Die historische Betrachtung kann und muß sich daher an dieser Ordnungsstrafe orientieren.

1. Die Bezeichnung "Ordnungsstrafe" findet sich schon in den Zollstrafbestimmungen des ausgehenden 18. Jahrhunderts[3]. In der Folgezeit wird sie angedroht vorwiegend in den Zoll- und Steuergesetzen von Preußen, der übrigen Länder und nach der Reichsgründung auch in den Reichsgesetzen[4].

Die Zeit vor und nach 1900 brachte eine umfangreiche Einführung der Ordnungsstrafe auch auf anderen Rechtsgebieten; so in den Beamten-Gesetzen z.B. § 74 RBG vom 17. Mai 1907[5], wonach als Dienststrafen Ordnungsstrafen verhängt werden können[6], in den Prozeßgesetzen als Ordnungsstrafen gegen Zeugen (§§ 380, 390/I ZPO, § 51/I, § 70/1 StPO), gegen Sachverständige (§§ 409, 411 ZPO, § 77 StPO), Schöffen, Geschworene (§§ 56, 84 GVG, § 28 ArbGG) oder wegen Ungebühr vor Gericht (§§ 179, 180 GVG); in den §§ 33, 83, 132 - 139, 140, 151, 159 FGG als Mittel zur Erzwingung von Handlungen oder Unterlassungen; in den §§ 14, 37 HGB zur Erzwingung registerrechtlicher Handlungen; in den §§ 78, 1788, 1837/II BGB zur Erzwingung von Handlungen; ferner auf dem zahlenmäßig ausgedehntesten Gebiet, im Sozialversicherungsrecht: Ordnungsstrafen wegen Pflichtverletzung durch Amtsträger oder Versicherungsnehmer, oder zur Bewirkung bestimmter Handlungen[7] (ähnliche Ordnungsstrafen z.B. auch in der Gewerbeordnung: §§ 92 c, 96, 103 c, 104 k;

---

1) WiGBl. S.193
2) BAnz 1949 Nr.3 v. 29.9.1949; Allgemeines Ziff. II,6
3) Hoffmann, Deutsches Zollrecht 1902, 1. Band, § 15 IV S.86
4) vgl. Pechstein S.8 Fußn.4 m.w.N.
5) RGBl. S.245
6) Krakenberger S.122 Fußn.3 m.w.N. für die Länder
7) Vgl. dazu Stermose, Diss. S.45 ff.

im Börsengesetz vom 27. Mai 1908[8]; Ordnungsstrafen wegen Zuwiderhandlungen gegen Verbote sowie zur Erzwingung bestimmter Handlungen)[9].

Entsprechend dieser verschiedenartigen Verwendung der Bezeichnung "Ordnungsstrafe", zum Teil sogar in demselben Gesetz, finden sich, was die rechtliche Qualifizierung der Ordnungsstrafe in der damaligen Zeit betrifft, die unterschiedlichsten Literaturmeinungen; sie reichen von der Erklärung: Ordnungsstrafe sei ein Name für alles, was man nicht definieren könne[10], bis zu der entgegengesetzten, welche die Ordnungsstrafe im wesentlichen als einen einheitlichen Begriff sieht, der seine selbständige Bedeutung im gegenwärtigen wie im künftigen Recht besitze[11]. Eine einheitliche Meinung über die Rechtsnatur der Ordnungsstrafe gab es nicht. Eine solche konnte sich auch nicht bilden, denn tatsächlich wurden Exekutiv- oder Zwangsstrafen, Disziplinarstrafen, Ungebührstrafen, sogar Kriminalstrafen als Ordnungsstrafen bezeichnet[12]; planlos und wahllos führte der Gesetzgeber ganz ungleichartige Maßregeln unter der Bezeichnung "Ordnungsstrafe" ein[13]. Die Literatur der damaligen Zeit bemühte sich daher vergeblich, das Wesen der verschiedenen "Ordnungsstrafen" zu ermitteln[14]. Ordnungsstrafen waren staatliche Reaktionen, auch echte eigentliche Strafen, die in weitem Bereich durch die Verwaltung und sonstige Hoheitsträger, ja sogar durch Gerichte verhängt wurden[15], die nicht nur in Geld-, sondern auch in (Ersatz-)-Freiheitsstrafen bestanden[16], deren Abgrenzung weder nach dem betroffenen Personenkreis noch nach der Höhe der Sanktion oder der zuständigen Instanz möglich war und die meist in einem summarischen Verfahren verhängt wurden. Letztlich war die Bezeichnung "Ordnungsstrafe" eine Frage des Sprachgebrauchs ohne selbständigen Wert[17], eine Wertlosigkeit, die durch die systemlose Ver-

---

8) RGBl. I, 215

9) Weitere Beispiele bei Krakenberger S. 63 ff. Pechstein S. 7 ff.

10) Passow, zit. nach Pechstein S. 4

11) Rietzsch JW 38, 773 ff., 1073 ff.

12) vgl. Literatur- und Gesetzesnachweise bei Preger AöR 7, 366 - 372

13) Krakenberger S. 2, vgl. auch Reichmann S. 27 f.

14) Vgl. dazu Krakenberger S. 63 ff., Hofacker VA 14, 461 f. Pechstein S. 22 ff. unterscheidet daher zwischen "Namensordnungsstrafen" und "echten Ordnungsstrafen".

15) Pechstein S. 51

16) so nach der RAO und den sonstigen Steuergesetzen, vgl. Krakenberger S. 79

17) v. Hippel, Deutsches Strafrecht I, S. 36

tauschung von Ordnungsstrafen und Geldstrafen durch den Gesetzgeber[18], ohne daß dadurch am bisherigen Wesen der jeweiligen Sanktion etwas geändert wurde[19], deutlich wurde.

Daran änderte sich auch in der Zeit des Dritten Reiches nichts. Zwar erfuhr die Ordnungsstrafe eine erhebliche Ausweitung, insbesondere auf wirtschaftsrechtlichem Gebiet. Der Staat griff planend und lenkend auf vielen Rechtsgebieten ein und bewehrte die von ihm geschaffenen Ordnungsregeln mit Sanktionen: Ordnungsstrafen[20]. Ihr Anwendungsbereich wurde von dem der Kriminalstrafe nicht mehr wie früher tatbestandlich abgegrenzt; vielmehr konnten die Verwaltungsbehörden Ordnungsstrafen verhängen, wenn "an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung kein öffentliches Interesse bestand"[21], eine Frage, welche die Verwaltung selbständig entschied. Die dadurch bedingte und für den "Machtstaat" charakteristische Ausweitung der Verwaltungszuständigkeit führte zu einer Inflation der Ordnungsstrafen. Diese Bezeichnung wurde aber weiterhin gleichermaßen für Kriminal-, Erzwingungs-, Disziplinar- und Ordnungsstrafen verwandt[22].

Die nach dem Zusammenbruch eingeführte Geldbuße des WiStG 1949 wurde von einer weitverbreiteten Meinung als Ersatz für die frühere Ordnungsstrafe angesehen[23]. Dafür sprach zweifellos die Begründung des WiStG, das ausdrücklich die Ordnungsstrafe durch die Geldbuße ersetzte (s.o. Fußn.2). Entsprechend den Schwierigkeiten bei der Ordnungsstrafe war auch die systematische Einordnung der Geldbuße unter die übrigen staatlichen Reaktionen erschwert. Der Gesetzgeber selbst hat trotz Einführung einer neuen "Etikette" die für die "Ordnungsstrafe" geltende Systemlosigkeit nicht beseitigt, sondern fortgesetzt. So kannte das OWiG 1952 selbst zwei Arten von Geldbußen: so die Geldbuße als Reaktion auf eine Ordnungswidrigkeit, § 1/I; ferner aber auch eine Geldbuße als Reaktion bei unberechtigter Zeugnisverweigerung

---

18) vgl. dazu Pechstein, S.55 Fußn.199; im Steuerrecht vgl. Michels, S.15 f.

19) vgl. z.B. Krakenberger, S.109 ff.

20) Pechstein S.124

21) z.B. VO über den Warenverkehr v. 11.12.42 (I, 685), § 4 Verbrauchsregelungsstrafverordnung i.d.F. v. 26.11.41 (I, 734)

22) vgl. z.B. Pechstein S.57 - 66 (Namensordnungsstrafen), S.66 - 94 (Echte Ordnungsstrafen). Eine Unterscheidung zwischen Kriminal- und Ordnungsstrafe erfolgt lediglich nach der Schwere der Tat, Vgl. Pechstein S.121 f. und Fußn.258

23) Nebinger, Allg. Pol.Recht S.58; Giese Verw.Recht 3, S.102 f.; Bender Verw.Recht 2, S.129 f.; v.Turreg LB 3, S.304

("Erzwingungsbuße"[24]), § 39. Das OWiG 1968 hat anstelle dieser zweiten Form der Geldbuße eine Ordnungsstrafe eingeführt, § 59 II; damit ist allerdings eine Begriffsklarheit nicht geschaffen, da weiterhin die Ordnungsstrafe sowohl als Zwangsmittel (§§ 51, 70, 77 StPO) wie auch als Ahndungsmittel verwendet wird. (Die Geldbuße wird zum Teil zur Bezeichnung eines Zwangsmittels verwendet[26], zum Teil sogar als Disziplinarmaßnahme[27]). Es kann daher rückblickend soviel gesagt werden, daß die Geldbuße die Buntscheckigkeit der Ordnungsstrafe nicht zu beseitigen vermochte, vielmehr teilweise fortgesetzt hat.

II. Die "Polizeistrafe"

Vielfach als Ordnungsstrafe wurde auch die Polizeistrafe bezeichnet, die darüber hinaus sogar in das System der "Polizeilichen Zwangsmittel" verwiesen wurde[28]; insbesondere ihre Begriffsbestimmung und Abgrenzung zur Kriminalstrafe setzte schon 1839 "die Juristen in Verzweiflung"[29].

Die Entwicklung "ihrer" Zuständigkeit spiegelt die Demokratisierung und Zunahme der Rechtsstaatlichkeit wider. In der Zeit der Polizeistaaten war die Kriminalstrafgewalt der Gerichte beschränkt auf die eigentlichen Verbrechen, während die Polizeistrafgewalt (Polizei verstanden als der Teil der Regierung, dem die Aufgabe sowohl der Gefahrenabwehr als auch der Wohlfahrtsförderung zufiel[30]) alle Handlungen ohne gerichtliche Kontrolle unterlagen, welche die allgemeine Sicherheit und Wohlfahrt hindern oder gefährden konnten; eine begriffliche Abgrenzung war allerdings nicht möglich, was dauernde Kompetenzstreitigkeiten zur Folge hatte[31]. Diese Zuständigkeit der Polizei

---

24) Rotberg 3. § 39 Rdnr. 1,8; Müller-Sax 6, § 39 Anm.1

25) § 112 HandwO v. 28.12.65 (I,1), § 12 LandpachtG. v. 25.6.52 (I, 343), § 30 KinderGG v. 13.11.54 (I, 333), vgl. weiter Patzig VA 50, 358 f.

26) Anl. C § 6 III zur HandwO, § 95 HandwO, vgl. Patzig, OWiG. Anm.I,1

27) WehrDO v. 15.3.57 (I, 189), Hess.G. über die Berufungsberatung von Ärzten v. 10.11.54 (GVOBl. S.193)

28) vgl. Krakenberger S.57 Fußn.2 m.w.N.

29) Hepp, Komm. z. Württbg. StGB I, S.23

30) Florincourt, in: Häberlin, Polizei, S.161

31) vgl. Berg, Teil I, 138 f.

wurde in Preußen erweitert durch die Kammergerichtsordnung von 1709[32], wonach "Militär, Jagd, Akzise, Kontributions, Schoß, Zoll, Ziese und dergleichen Sachen..." auf die Verwaltung übertragen wurden. Eine gewisse Trennung zwischen Justiz und Verwaltung wurde, unter dem Einfluß von Karl Gottlieb von Svarez, erst durch das Reglement "wegen Verteilung der Geschäfte zwischen den Neuostpreußischen Landes-Collegiis" vom 3.3.1797[33] geschaffen, § 12: "Bei vorkommenden Kontraventionen und Übertretungen gegen Finanz-, Polizei- und andere zum Ressort der Kammer gehörige Gesetze; im gleichen bei allen Defraudationen, landesherrlicher ihrer Verwaltung untergebener Gefälle und nutzbarer Regalien, ist die Kammer berechtigt ..., die Sache durch eine Resolution abzumachen. Wogegen ... die Berufung ... auf rechtliche Erkenntnis bei der Regierung (nach damaliger Terminologie das Gericht) vorbehalten bleibt ...".

Dieses neue Rechtsinstitut fand in der Folge generell Eingang in anderen preußischen Landesteilen[34]. Dabei wurde das Strafresolut, dessen Höhe durch die Strafen von Teil II Titel 17 §§ 62 - 64 ALR beschränkt war, in den Städten durch die Polizeibürgermeister unter Zuziehung der Ratsmitglieder, auf dem Lande durch die Gutsherren unter Zuziehung der Dorfgerichte verhängt. Gegen sämtliche dieser Resolute war die "Provokation" an die Gerichte zulässig. Diese Regelungen wurden in der Folgezeit wieder aufgehoben und die Strafresolute der untergerichtlichen Kontrolle entzogen[35], da darin eine Zurücksetzung der Polizei und Minderung der polizeilichen Autorität gesehen wurde.

Unter Friedrich Wilhelm IV. erhielt der "Rechtsstaatsgedanke" wieder Auftrieb. Die polizeiliche Gerichtsbarkeit wurde, zunächst nur in Berlin durch Gesetz vom 17.7.1846[36], im Zusammenhang mit den Ereignissen von 1848 aber auch im übrigen Preußen durch Verordnung vom 3.1.1849[37], abgeschafft: "Der Polizei steht keine Strafgerichtsbarkeit mehr zu", § 182 der Reichsverfassung vom 28.3.1849.

Mit der Begründung, daß die "Kraft der Polizeiverwaltung gelähmt" werde, wenn sie nicht kleine Polizeistrafen verhängen und vollstrecken könne[38], wurde die Wiederherstellung der Polizeistrafgewalt gefordert und durch Gesetz vom 14.5.1852[39] auch wieder eingeführt. Die Strafhöhe war jedoch gegen

---

32) Titel XI § 2 C.C.M., II. Teil, 1.Abt., Sp.381
33) N.C.C.M. Bd.X, Sp.965
34) vgl. Olroth S.14 f. m.w.N.
35) vgl. Loening S.192 ff.
36) G.-S. S.267 ff.
37) G.-S. S.1 ff.
38) Foerstmann S.241
39) G.-S. S.245

früher stark beschränkt. Auch war gegen diese Strafverfügung der Antrag auf gerichtliche Entscheidung möglich. Diese Regelung wurde durch Verordnung vom 25.6.1867[40] auf die 1866 neu erworbenen Landesteile ausgedehnt[41].

In der Strafverfügung der §§ 453 ff. RStPO vom 1.2.1877 (seit der Neubekanntmachung durch Gesetz vom 22.3.1924 (RGBl. I 299): § 413 ff.) wurde die preußische Regelung auf das Reich übernommen, "da sich keine begründeten Bedenken" erheben ließen und für dieses Verfahren "die erheblichsten Zweckmäßigkeitsgründe" sprachen[42]; diese Strafverfügung war beschränkt auf 14 Tage Haft oder Geldstrafe bzw. Ersatzhaft. Ebenso wie für die anderen Verwaltungsstrafverfahren, so bei öffentlichen Abgaben (§§ 459 RStPO, seit 22.3.1924: §§ 419 ff., für bundesrechtliche Abgaben abgelöst durch RAO vom 13.12.1919 (RGBl. 2097)), bei Vergehen gegen das Postgesetz, gegen die Reichsversicherungsordnung[43] vertrat die h.M. damals die Ansicht, daß sich die Verwaltungsstrafen nur quantitativ von den Kriminalstrafen unterscheiden. Der Gesetzgeber habe an dem Grundsatz, daß Kriminalstrafen nur durch den Richter verhängt werden dürfen, nicht ausnahmslos festgehalten, sondern in beschränktem Umfang auch außergerichtliche Strafverfahren zugelassen[44].

Bei dieser Regelung blieb es im wesentlichen bis 1945. Nach dem Zusammenbruch wurde in der amerikanischen[45] und englischen[46] Besatzungszone die Strafverfügung durch die Polizei abgeschafft und auf den Richter übertragen;

---

40) Artikel II, Buchst. I

41) Eine dieser Regelung ähnliche Polizeistrafgewalt fand sich in Baden, G. v. 28.5.1864 (RegBl. S.228), während die übrigen Länder, mit Ausnahme der französischen Provinzen, die eine Polizeistrafgewalt überhaupt nicht kannten, gegen Strafbescheide von Administrativstellen keine Richteranrufung kannten.

42) Motive zum Entwurf einer D.StPO, 1872, S.282

43) vgl. Löwe-Rosenberg, 15. Aufl., § 13 GVG Anm. II

44) Löwe-Rosenberg a.a.O. Anm. II 2a; Beling, StPR § 110 m.w.N.; Fleiner, Institutionen, S.205

45) Gesetze zur Überleitung des Strafverfügungsrechtes der Polizeibehörden auf die Gerichte in Bayern (GVBl. 1946 S.16), Bremen (GBl. 1947, 66), Hessen (GuVBl 1947, 164), Württemberg-Baden (RegBl. 1946, 1)

46) Verordnungen der OLG-Präsidenten (!) über die Aufhebung der pol. Strafverfügungen und Einführung gerichtlicher Strafverfügungen v. 18.8.46: JBl. Aurich, Oldenburg, Osnabrück 1946, 92; JBl Braunschweig 1946, 112; JBl. Düsseldorf 1946, 57; Hamburg GuVOBl. 1946, 43; JBl. Hamm 1946, 115; Hannover. Rechtspfleg. 1946, 82; JBl. Köln 1946, 90; Amtsbl.

in der französischen und russischen Zone blieb dagegen diese Regelung erhalten.

Nach der Konstituierung der Bundesrepublik Deutschland entstand ein lebhafter Streit um die sog. Vorschaltverfahren, wie z.B. die polizeiliche Strafverfügung[47]. So wurde versucht, durch einen Regierungsentwurf[48] diese Strafverfügung wieder einzuführen und nur die Befugnis der Polizei, Freiheitsstrafen zu verhängen, zu beseitigen. Sowohl im zuständigen Ausschuß ("Es ist, nachdem die rechtsprechende Gewalt eine ganz andere Stellung im Rahmen unseres staatlichen Organismus erhalten hat, als es bisher der Fall gewesen ist, nicht mehr möglich, daß die Polizei richterliche Funktionen wahrnimmt"[49]) als auch im Plenum wurde jedoch die uneingeschränkte Abschaffung gebilligt und die Strafprozeßordnung durch Art. 3 Nr. 179 des Vereinheitlichungsgesetzes vom 12.9.1950 (BGBl S. 499) entsprechend geändert.

III. Das Zwangsgeld

Die Bezeichnung "Zwangsgeld" wurde erst eingeführt durch das preußische Polizeiverwaltungsgesetz (PVG) vom 1.6.1931[50]. Es ist dort geregelt für zwei verschiedene Fälle, nämlich gemäß § 55 PVG zur Durchsetzung einer polizeilichen Verfügung und gemäß § 33 PVG bei Verstößen gegen Polizeiverordnungen. Beide Fälle werden vom Gesetzgeber gleich behandelt, da beide Bestimmungen aufeinander Bezug nehmen. Nach der Absicht des Gesetzgebers trat dieses "Zwangsgeld" an die Stelle der früheren "Geldstrafe" des § 132 LVG vom 30.7.1883[51], die nach herrschender Meinung eine Exekutivstrafe war. Der Name wurde geändert, "um dem ... Irrtum entgegenzuwirken, daß das polizeiliche Zwangsmittel der Exekutivstrafe und die eigentliche Kriminalstrafe dasselbe seien"[52].

Schon die Bezeichnung "Exekutivstrafe", ähnlich auch "Zwangsstrafe", deutet auf den "zwielichtigen"[53] Charakter dieses Rechtsinstitutes hin, der auch durch die Umbenennung keine Änderung erfahren hat (s. § 4). Die Ver-

---

Schlesw.-Holst. 1946, 70; Amtsblatt der Reg. Stade 1946, 85

47) z.B. Kern MDR 50, 587; Wolff VVDStRL 9, 146

48) BT Dr. S. I, 530

49) Berichterstatter, Verhdlgen. d. BT I, 2885

50) G.-S. S. 77

51) G.-S. S. 195

52) Amtl. Begründung, abgedruckt bei Scheer-Trubel, PVG, S. 95 ff., insbes. S. 111

53) Forsthoff, LB bis zur 5. Aufl., S. 242 für das PrPVG

quickung von Zwang und Strafe in einer Verwaltungsreaktion wird deutlich dadurch, daß die Zwangsstrafe als Art der Ordnungsstrafe bezeichnet wurde (s.o. I) und umgekehrt die (Polizei-) Strafe als "Zwangsmittel", "wichtigste Zwangsbefugnis der Polizei" bezeichnet wurde[54]. Die Ursache für diese Janus-Kopf-Natur erhellt ein geschichtlicher Rückblick.

Aus der römischen Administrativ-Gerichtsbarkeit einer beschränkten Zwangs- und Strafgewalt der Magistrate[55], und der mittelalterlichen Banngewalt des deutschen Königs und seiner Beamten[56] entstanden, wurden bis zum Ende des 18. Jahrhunderts Ordnungs- und Polizeistrafen als außerhalb der Sphäre der Strafgerichtsbarkeit stehend erachtet und ihre Auferlegung allein der "Polizei"-Verwaltung überlassen[57]. Da auch die Verwaltungsstrafkompetenz keiner besonderen rechtssatzmäßigen Ermächtigung der Behörden bedurfte, konnte die eigentliche Unterscheidung zwischen Strafen und Zwangsmitteln nicht zum Bewußtsein kommen. Die Polizeistrafe wurde als Mittel "psychologischen Zwangs", als weniger einschneidendes Zwangsmittel angesehen[58], das denselben Schranken unterlag wie die übrigen Zwangsmittel. Aus dieser Gleichsetzung resultiert auch in der älteren Literatur die Verweisung der Polizeistrafen, die vielfach mit dem Begriff "Ordnungsstrafe" gleichgesetzt werden, in das System der "polizeilichen" Zwangsmittel[59]. Der aufkommende Rechtsstaat des beginnenden 19. Jahrhunderts hob die uneingeschränkte Entscheidungsstrafgewalt der Verwaltungsbehörden auf. Polizei- und Kriminalstrafe wurden gleichgestellt und sollten auf die Gerichte übertragen werden. Ihre Verwendung als Erfüllungszwangsmittel wurde unzulässig. Die Polizeistrafe unterlag dem Verbot der Doppelbestrafung; damit wäre die Entwicklung der Zwangsstrafe als eigentlichem Zwangsmittel möglich gewesen[60]. Die Gesetzgebung der folgenden Zeit führte jedoch keine klare begriffliche Namensunterscheidung durch. Vielmehr wurde zum Teil die Polizeistrafe weiterhin als Zwangsstrafe verwendet, wobei unter der Zwangseinwirkung die psychologische Wirkung jeder wirklichen Strafdrohung verstanden wurde[61]. Zum Teil wurde auch die Bezeichnung "Erzwingungsstrafe, Exeku-

---

54) Krakenberger S.55 Fußn.2
55) Mommsen Röm. Strafrecht, zit. nach Krakenberger S.55
56) Schröder, S.116
57) vgl. allg. zur geschichtl. Entwicklung: Goldtschmidt, VerwStR, Teil 1
58) Krakenberger S.56
59) vgl. etwa Schultze-Gaevernitz, pr. Staatsrecht, S.318
60) so z.B. im Pr. PVG v. 11.5.1850
61) Anschütz VA 1, 389 ff., 453

tivstrafe, Zwangsstrafe"[62], sogar Ordnungsstrafe (s.o. I) verwendet. Die Literatur der damaligen Zeit versuchte demgegenüber stets die Selbständigkeit des Erfüllungszwanges und vor allem auch der Zwangsstrafe gegenüber dem Strafzwang, insbesondere in seiner Erscheinungsform der Verwaltungs(Polizei-)Strafe, konsequent zu betonen und durchzuführen[63]. Die gesetzgeberische Regelung blieb jedoch weiterhin uneinheitlich, ja es wurden sogar "Geldstrafen" eingeführt, die tatsächlich Zwangsmittel waren[64]. Fast folgerichtig wurde es dann auch für unzulässig angesehen, daß Kriminalgeldstrafen und Beugemittel, d.h. "Erzwingungsstrafen", nebeneinander verhängt werden konnten[65].

IV. Die gebührenpflichtige Verwarnung

Im Gegensatz zur Ordnungs-, Zwangs-, und Polizeistrafe trat die "gebührenpflichtige Verwarnung" erst spät, etwa 1926, in der wissenschaftlichen Literatur auf[66]. Anlaß war u.a. die Einführung eines "polizeilichen Verwarnungsverfahrens" durch die Entschließung des Stadtrates von Coburg vom 25. Mai 1926[67]. In ihr wurden die städtischen Exekutivbeamten ermächtigt, bei leichteren Übertretungen im Straßenverkehr, sofern die Voraussetzung des § 153 StPO gegeben sind, den auf frischer Tat betroffenen Täter zu verwarnen und für diese Amtshandlung eine (feste) Gebühr von RM. 2.-- festzusetzen. Weigerte sich der Betroffene, die gebührenpflichtige Verwarnung, d.h. die Gebühr, zu bezahlen, so war gegen ihn Strafanzeige zu erstatten.

Ein ähnliches Verfahren existierte schon früher im Freistaat Sachsen. Es beruhte auf der Königlich-Sächsischen Verordnung vom 9.7.1872[68] "zur Erhaltung der Sicherheit, Bequemlichkeit, Reinlichkeit und Ruhe auf den öffentlichen Wegen, Straßen, Plätzen oder Wasserstraßen"; danach konnte anstelle eines gerichtlichen Strafverfahrens ein "abgekürztes Strafverfahren" durchgeführt werden, in welchem der auf frischer Tat Betroffene durch Zahlung von RM. 1.-- ein Strafverfahren abwenden konnte. Zahlte er nicht, so leitete die

---

62) vgl. Bspe. bei Preger AöR 7, 422 Fußn. 75

63) Krakenberger S.60 mit Verweisung auf Isaak ZStW 21, 625 und Hofacker VA 14, 488 ff.

64) vgl. Pechstein S.29

65) Vgl. Lit.Nachw. bei Paira, S.35 Fußn.81

66) Jellinek § 15 V, S.437 Anm.3

67) vgl. Reichmann, Diss., S.13

68) Wagner, Die Polizei 1927, 52

Polizei ein Strafverfahren gegen ihn ein. Wenn auch der eingezogene Geldbetrag nicht als Gebühr, sondern als Strafe bezeichnet wurde und auch keine Verwarnung vorgeschrieben war, so kann doch dieses von den sächsischen Juristen als "Submissionsverfahren" bezeichnete Verfahren als Vorläuferin der gebührenpflichtigen Verwarnung bezeichnet werden, da es mit dieser im wesentlichen übereinstimmte. Es wurde in der Praxis der sächsischen Polizei häufig angewendet[69]. Eine diesem Verfahren ähnelnde Regelung kannte § 37 Ziffer 13 der Mecklenburgischen-Schwerinschen Landgemeindeordnung vom 20.5.1920[70].

Die eigentliche Ausbreitung eines solchen Verfahrens wurde jedoch erst eingeleitet durch die bayerische Ministerialentschließung vom 23.12.1925[71]. Danach waren die Polizeibehörden ermächtigt, bei Straßenverkehrsübertretungen eine Verwarnung unter Erhebung einer Gebühr auszusprechen. Das Verfahren gleicht dem Coburger Verfahren. Die Verwarnungsmöglichkeit hatte für Bayern erhebliche Bedeutung, da hier die nach §§ 6 EGStPO, 413 StPO zulässige Polizeistrafe nicht durch Landesgesetz eingeführt worden war, die einzige Ahndungsmöglichkeit somit in der Verhängung von Kriminalstrafen bestand.

Der geschichtliche Hintergrund der Einführung der gebührenpflichtigen Verwarnung war die Langwierigkeit und Umständlichkeit des gerichtlichen Strafverfahrens bei leichteren Übertretungen, die in keinem Verhältnis zur Strafe standen und die bei diesen Taten die Bedeutung der Kriminalstrafe herabdrückten[72]. Das Ergebnis dieser Einsicht war die Einführung des Opportunitätsprinzips statt des Legalitätsprinzips bei leichteren Übertretungen in § 153 I StPO durch die Novelle vom 4.1.1924[73]. Weiter wurde, nicht zuletzt aus diesem Grund, weil immer "noch zu viel und zu hoch gestraft" wurde[74], in Preußen durch diesen Erlaß bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 153 I StPO eine gebührenfreie Verwarnung eingeführt, die später auch in § 59 PVG vorgesehen war. Durch Gesetz vom 27.12.1933[75] wurde dann das Wort "gebührenfrei" beseitigt und in der preußischen Verwaltungsgebührenordnung in der Fassung vom 19.5.1934[76] unter § 66 a eine Gebühr für Ver-

---

69) Wagner a.a.O.

70) Jellinek § 15 V, S.437 Anm.3

71) Die Entschließung ist nicht veröffentlicht, vgl. Reich, Die Polizei 1927, 121

72) Drews-Wacke, 7., S.397

73) RGBl. I, 15

74) so der Pr. MdI, Erlaß v. 28.12.1928 (MBliV 1929,20)

75) G.-S. 1934, 3

76) G.-S. 1935, 261

warnungen in Höhe von RM. 1.-- eingeführt. Im Gegensatz zu den gebührenpflichtigen Verwarnungen in den anderen Ländern war hier kein Einverständnis erforderlich.

Nach 1945 fand entsprechend der oben (s. II a.E.) dargestellten Abschaffung der Polizeistrafverfügungen durch die Besatzungsmächte mit derselben Begründung auch eine Beseitigung der gebührenpflichtigen Verwarnung statt; so in Hessen[77], in den übrigen amerikanischen Besatzungsländern[78] und in der britischen Besatzungszone[79]. Demgegenüber blieb in der französischen Besatzungszone, entsprechend der Übereinstimmung von französischem und deutschem Polizeirecht[80], ebenso wie die polizeiliche Strafverfügung auch die gebührenpflichtige Verwarnung weiterhin zulässig; ebenso in Westberlin[81].

Sehr bald machte sich das Bedürfnis nach Wiedereinführung der praktikablen und zweckmäßigen gebührenpflichtigen Verwarnung wieder bemerkbar. Aus der Einsicht ihrer Notwendigkeit heraus wurde sie in fast sämtlichen Ländern wieder eingeführt oder nur neu geregelt[82]. Auf Bundesebene wurde die gebührenpflichtige Verwarnung eingeführt zunächst durch § 29 II WiStG 1949, das durch § 8

---

77) Anweisung d. Milit.Reg. v. 21.1.46 (vgl. dazu Schreiben der Milit.Reg. an den Hess. Min.Präs. v. 2.5.47 (GVBl. S.94)) und Verbotsverf. d. Hess. MdI v. 30.1.46)

78) Ziff. 430 d. "Titel 9 der Vorschriften d. Milit.Reg.: öfftl. Sicherheitswesen" (abgedruckt bei Pioch, Anl.7 a, S.203 ff.), wonach Strafen, zu denen die Milit.Reg. auch gebührenpflichtige Verwarnungen zählte (GVBl. S.94), nicht durch die Polizei festgesetzt werden dürfen.

79) Instruktionen der Milit.Reg. v. 25.9.45 (Auszug abgedr. bei Pioch, Anlage 5, S.193 ff., Ziff.1 h) und entsprechende Erlasse der Landesbehörden (vgl. Haferkorn S.11 f.)

80) Pioch S.142 Nr.180

81) Drews-Wacke 6., S.199

82) so in: Niedersachsen (Rderl. d. MdI v. 26.1.50, AmtsBl.Nds. S.64; neu geregelt durch § 39 GöSO v. 21.3.51), in Nordrhein-Westfalen (Erlaß d. MdI v. 7.3.50, MBl.NRW Sp.248), in Schleswig-Holstein (Bekanntmach. d. MdI v. 10.12.51; neu geregelt durch LVwG v. 18.4.67 (GVOBl. S.131), §§ 59, 168 II), in Bremen (G. v. 7.11.52, GBl. 117; neu geregelt durch § 24 PolG. v. 15.7.60 (GBl. 173), das die früheren VerwarnungsGe aufhob), in Bayern (G. v. 7.3.52, GVBl. S.99; neu geregelt durch § 45 PAG v. 16.10.54, GVBl. S.237), in Rheinland-Pfalz (§ 63 PVG v. 26.3.54, GVBl. S.31), in Hessen (§ 33 PolG. v. 10.11.54, GVBl. S.203), in Baden-Württemberg (§ 31 PolG. v. 21.11.55, GBl. S.249)

OWiG 1952 teilweise abgelöst wurde. Weiter wurde in § 22 StVG durch Gesetz vom 19.12.1952[83] der Erlaß von gebührenpflichtigen Verwarnungen bei leichteren Verkehrsübertretungen eingeführt (diese Regelung hob die landesrechtlichen gebührenpflichtigen Verwarnungen in diesen Fällen auf[84]). Durch die Umwandlung der Verkehrsübertretungen in Ordnungswidrigkeiten durch Artikel 3 EGOWiG 1968 (§ 24 StVG)[85] werden gebührenpflichtige Verwarnungen[86] insoweit einheitlich auf Grund von §§ 56 ff. OWiG 1968[87] verhängt.

Die einzelnen Regelungen der gebührenpflichtigen Verwarnungen unterscheiden sich naturgemäß nur gering in der Höhe, die allerdings seit Gründung der Bundesrepublik Deutschland stetig zunimmt[88]; durch Art. 144 EGOWiG 1968 wurde die Höhe gleichmäßig auf DM 20.-- festgelegt.

Gewisse Unterschiede bestehen allerdings bezüglich der Zuständigkeit zur Verhängung der gebührenpflichtigen Verwarnung[89]. Das OWiG 68 hat diese Unterschiede nicht aufgehoben, vielmehr die Zuständigkeit weiter der landesrechtlichen Regelung überlassen, dieser sogar mehr Freiheit eingeräumt, §§ 57 II, 58 d.G.

V.

Während sich die gebührenpflichtige Verwarnung durch ihre Ausgestaltung klar und deutlich von den anderen Sanktionen der Verwaltung abhebt[90], zeichnen sich diese durch eine starke Grenzverwischung und Überschneidung untereinander aus. Die "babylonische Sprachverwirrung"[91] auf dem Gebiet der Verwaltungsstrafen und Zwangsmittel macht es tatsächlich unmöglich, aus der Geschichte zweifelsfreie Folgerungen für die Frage der Strafkompetenz der Verwaltung zu ziehen. Die gesetzgeberische Nomenklatur beruht zu sehr auf Zufälligkeiten, als daß in der geschichtlichen Entwicklung eine unbestrittene, fortlaufende Linie gesehen werden könnte. Zwar würde sich aus einer heute vorgenommenen Untersuchung ergeben, daß sich unter den Ordnungs-, Polizei-

---

83) BGBl. I, 832
84) vgl. Haferkorn S. 19, Fußn. 4 m.w.N.
85) BGBl. I, 503
86) jetzt "Verwarnungsgeld", s. dazu unten § 3 Abschnitt 4
87) BGBl. I, 481
88) vgl. zur Entwicklung nach 1945 Haferkorn S. 24 f.
89) zum früheren Zustand vgl. Haferkorn S. 20 ff.
90) zum Verwarnungsgeld siehe allerdings unten § 3 Abschn. 4
91) Patzig DÖV 56, 297

und Zwangsstrafen auch tatsächlich echte Strafen befunden haben, woraus man den Schluß ziehen könnte, daß die Gesetzgeber der Vergangenheit stets von einer Strafkompetenz der Verwaltung, beschränkt auf niedere Strafen zur Ahndung geringwertigen Unrechts, ausgegangen sind. Diese Folgerung begegnet aber deshalb Bedenken, weil, wie oben gezeigt, die Rechtsauffassung der Vergangenheit k e i n e klare Scheidung von Strafe und Zwang kannte, vielmehr beide in "einen Topf geworfen" hat, so daß keine klare Entscheidung getroffen werden kann, ob der Gesetzgeber eine Strafe oder ein Zwangsmittel schaffen wollte. Der geschichtliche Rückblick berechtigt daher lediglich zu dem Ergebnis, daß tatsächlich, d.h. in der Rechtswirklichkeit, herkömmlicherweise die Verwaltung stets eine Strafkompetenz besaß.

§ 2

DIE GELDBUSSE DES OWiG: RECHTSNATUR

Die Grundlage der Geldbuße ist das OWiG vom 25.3.52[1], das, dogmatisch dem WiStG vom 26.7.1949[2] folgend, materielle und verfahrensrechtliche Rahmenvorschriften über Ordnungswidrigkeiten (nicht beschränkt auf Wirtschaftsstrafsachen) gebracht hat[3]. Das Gesetz selbst sagt über die Rechtsnatur der Geldbuße bzw. der Ordnungswidrigkeiten nur wenig aus. Mittelbar aus der amtlichen Begründung zum OWiG ergibt sich jedoch, daß die dogmatische Grundlage der Ordnungswidrigkeiten die Lehre von Goldschmidt[4] ist.

Diesen Umstand bestätigt die maßgebliche Mitwirkung von Eberhard Schmidt als Ausschußvorsitzender bei den Arbeiten zum WiStG 1949 und zum OWiG 1952. Schmidt hatte die von Goldschmidt 1902 begründete, von Wolf vertiefte Verwaltungsstrafrechtstheorie (im folgenden als Theorie bezeichnet) nach dem Zweiten Weltkrieg durch zahlreiche Schriften wieder ins Leben gerufen[5]. Die Rechtsauffassung dieser Theorie sollte durch das Ordnungswidrigkeitenrecht legislative Wirklichkeit erfahren. Dieses wird daher auch nur verständlich und nur so kann auch die rechtliche Einordnung überprüft werden, wenn man die Lehre von Goldschmidt und seiner "Nachfahren" heranzieht, nur so kann auch eine Untersuchung der Geldbuße als Rechtsfolge der Ordnungswidrigkeiten vorgenommen werden.

---

1) BGBl. I 177; neu geregelt durch OWiG 1968 (BGBl. I, 481)

2) WiGBl. 193, verlängert durch Gesetze v. 29.3.50 (BGBl. 78) und v. 30.3.51 (BGBl. 223)

3) Das zugleich verabschiedete und geänderte WiStG. v. 25.3.52 (BGBl. I, 188) war auf die Regelung von Wirtschaftsstraftaten und Ordnungswidrigkeiten beschränkt; vgl. zur weiteren Entwicklung des OWiG und des WiStG Rotberg, 3. Einführung I und VII.

4) Amtl. Begründung BT DrS I, 2100 S. 14, vgl. zum folgenden Arndt, Festschrift, S. 8

5) E. Schmidt in SJZ 48, Sp. 225 ff.; "Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht", Beihefte zur Deutschen Rechts-Zeitschrift, H. 11; JZ 51, 101 ff.

1. Abschnitt

DIE UNRECHTSQUALITÄT DER "ORDNUNGSWIDRIGKEITEN"

A) Darstellung

1) Ausgangspunkt der Theorie von Goldschmidt ist die Gegenüberstellung von Justiz (früher Verfassung)[6] und Verwaltung und die diesen entsprechenden unterschiedlichen Zwecke[7]. Die Verfassung einer menschlichen Gemeinschaft, das ist die Rechtsordnung im eigentlichen, im formellen Sinne, ist die Erklärung des allgemeinen Willens über Umfang der Machtsphären der verschiedenen Willensträger (Individuen) oder Gesamtpersönlichkeiten (531) in Form von Rechtssätzen. Wesen des Rechts ist die Ruhe, das Beharren in einem Zustand (533). Zweck des Rechts ist der Schutz der vorgenannten Willenssphären des Einzelnen, der Rechtsgüter[8]. Diese Aufgabe obliegt der Justiz. Die Tätigkeit der Verwaltung ist dagegen auf die Förderung des öffentlichen und staatlichen Wohles, der Wohlfahrt, gerichtet, deren Inhalt allein durch den Willen der Verwaltung bestimmt wird; Förderungsmittel ist dabei stets Handeln[9]. Die Wohlfahrt ist als solche etwas Absolutes; sie kann daher auch nie Zustand, d.h. Wirklichkeit werden, sondern ist notwendig stets ein Ziel, ein unerreichbarer Zweck, ein Idealzustand materiellen und ideellen Wohlbefindens (530, 533). Aus diesem unterschiedlichen Charakter von Justiz und Verwaltung ergibt sich bei Verneinung dieser Zwecke durch den Bürger notwendig ein Unterschied: die Auflehnung des einzelnen gegen das Recht (Justizdelikt) enthält neben dem formellen Element der Übertretung eines Rechtssatzes noch das materielle Element einer Rechtsgüterbeeinträchtigung, ein "damnum emergens" (545)[10]. Verstöße gegen die Interessen der Verwaltung (Verwaltungsdelikt) haben dagegen andere Bedeutung (Goldschmidt hat in früheren Arbeiten[10] nur dem Justizdelikt eine formelle Rechtswidrigkeit zugebilligt, während das Verwaltungsdelikt nur eine sogenannte Verwaltungswidrigkeit beinhalten sollte. Später[11] hat er jedoch seine Ansicht revidiert und das Verwaltungsdelikt als ein "mixtum

---

6) Zahlen unter 1 ohne Fundstellenangabe beziehen sich auf Goldschmidt, Verwaltungsstrafrecht, 1902.

7) Zum geschichtlichen Hintergrund vgl. Mattes S. 47 ff.

8) GA 49, 83

9) GA 49, 83 f.

10) GA 49, 85

11) GA 54, 39; ebenso Festschrift S. 415 ff.

compositum" von Verwaltungsvorschriften in Rechtssatzform bezeichnet). Zum einen liegt als Verstoß gegen den Rechtssatz eine formelle Rechtswidrigkeit vor, zum anderen als Verstoß gegen den Verwaltungsbefehl eine formelle Verwaltungswidrigkeit. Darüberhinaus fehlt es aber an einem materiellen Moment im Sinne der Verletzung eines Rechtsgutes. Die Durchkreuzung des öffentlichen Wohles bewirkt nicht die Verletzung eines Zustandes, sondern lediglich die Unterlassung der Förderung einer zielgerichteten Tätigkeit; nicht einen eingetretenen schädlichen, sondern einen nicht eingetretenen, aber vorgestellten günstigen Erfolg, nicht ein damnum emergens, sondern ein "lucrum cessans" (545). Der Staat bedarf zur Erreichung der Wohlfahrtsförderung der Mithilfe seiner Bürger als Diener der Gemeinschaft. Da seine Verwaltungstätigkeit "unwiderleglich vorteilbringend" ist, kann er hierfür die Unterstützung der Bürger durch Befehle, Gebote oder Verbote herbeiführen. Die Individuen sind dabei nicht Willensträger, sondern, ebenso wie der Staat selbst, Verwaltungsorgane der menschlichen Gemeinschaft. Da jedoch der Staat allein über die Wohlfahrtsziele entscheidet, sind die Bürger nicht gleichberechtigte Organe der Gesamtheit, sondern "Hilfsorgane" des Verwaltungsstaates (547, 553). Lediglich das Unterlassen dieser Hilfe, das Nichtunterstützen der Verwaltung bildet das Verwaltungsdelikt (546); es ist der Verstoß gegen zeit- und ortsbedingte Verwaltungsbefehle, gegen das Interesse der Verwaltung an reibungsloser Tätigkeit (548 f.). - Goldschmidt weist aber weiter darauf hin, daß zwischen Justiz und Verwaltung ein stetiger Abschichtungsprozeß stattfindet, so daß es wenig Justizdelikte gebe, die nicht das Stadium des Verwaltungsdelikts durchschritten hätten (585).

2) Eine "Renaissance" der Theorie stellten die Arbeiten von Eberhard Schmidt nach dem 2. Weltkrieg dar. Ausgehend von der Lehre von Goldschmidt und Wolf[12] sieht er den entscheidenden Unterschied zwischen der Verwaltungsstraftat und der Kriminalstraftat in der Verschiedenheit des Unrechtgehaltes.

Kennzeichen der Justizdelikte ist für ihn die Rechtsgüterverletzung, wobei Rechtsgut das rechtlich anerkannte Interesse einer Individualperson oder als personifiziert gedachten Personengesamtheit ist[13]. Der materielle Unrechtsgehalt

---

12) Auf eine Darstellung der Ansicht von Wolf, vgl. Festschrift für Frank, Band II S.516 ff., wurde verzichtet. Wolf hat die Gedanken von Goldschmidt im wesentlichen staats- und wertphilosophisch vertieft. Die vorhandenen Unterschiede gegenüber Goldschmidt und E. Schmidt fallen im Rahmen dieser Arbeit nicht ins Gewicht.

13) SJZ 48, 230

bestimmt sich nach dem greif- und meßbaren Schaden, der einem Rechtsgut zugefügt worden ist. Demgegenüber handelt es sich bei einem Verwaltungsunrecht nur um die Störung rein verwaltungsmäßiger Interessen; diese ergeben sich daraus, daß die Verwaltungsbehörden, die den staatlichen Willen im Einzelfall durch Anordnungen und Verfügungen konkretisieren[14], auf die Erfüllung dieser Anordnungen durch den Einzelnen angewiesen sind (28). Dieser ist daher als Staatsgenosse Hilfsorgan des verwaltenden Staates (20) und als solches zur aktiven Mitwirkung bei der Verwaltungstätigkeit verpflichtet. In der Verletzung dieser Pflicht oder in der sonstigen Beeinträchtigung der Verwaltungstätigkeit liegt lediglich eine Verletzung der Verwaltungsinteressen, d.h. der Verwaltungsgüter = Verwaltungsschaden (28). In diesem Ungehorsam gegenüber den Pflichten des Einzelnen erschöpft sich die soziale Sinnbedeutung der Verwaltungs(Ordnungs-)widrigkeiten (28). Mit diesem Gegensatz von Rechtsgüterbeeinträchtigung bzw. bloßem Ungehorsam gegenüber Pflichten hängt auch das weitere Unterscheidungskriterium zusammen, das Eberhard Schmidt herausarbeitet. Im Bereich der Kriminaldelikte liegt das Unrecht in der Verletzung anerkannter ethischer Werte, Kriminalunrecht und Kriminalschuld gewinnen aus diesem sozial-ethischen Gehalt ihre qualitative Eigenart[15]. Demgegenüber fehlt der Ordnungswidrigkeit eine ethische Persönlichkeitsbeziehung; sie ist nur als ein Verstoß gegen ethisch indifferente Ordnungsgebote und -verbote anzusehen, als eine Widrigkeit gegen das Recht in seiner bloßen Ordnungsfunktion (52). Dementsprechend wird auch einem Täter nicht ein sittlicher Vorwurf im Sinne einer Rechtsfeindschaft gemacht (51 f.) und seine Schuld bedeutet auch nicht eine sozial-ethische Persönlichkeitsbelastung. Ihm wird lediglich ein Mangel an Aufmerksamkeit gegenüber Ordnungsnormen, eine Lässigkeit gegenüber Verwaltungsbefehlen vorgeworfen (41), denen gegenüber er "einmal den pünktlichen Gehorsam hat vermissen lassen" (46).

3) Die Theorie kann sich heute auf eine große Anhängerschaft in Rechtsprechung und Literatur berufen. Insbesondere ihre Neubelebung durch Eberhard Schmidt hat in der Literatur große Zustimmung gefunden.

Aufgabe der vorliegenden Arbeit ist es, die Geldbuße und die Ordnungswidrigkeiten des geltenden Rechts auf ihre Rechtsnatur zu untersuchen. Da sich das Gesetz selbst nur auf Goldschmidt beruft, die Bedeutung der Rechtsauf-

---

14) Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht(NdWiStr.), S.19; Seitenzahlen unter 2. ohne Fundstellenangaben beziehen sich auf diese Schrift

15) ZStW 69, 362

fassung von E. Schmidt als dessen "Nachfolger" sich aus dessen gesetzgeberischer Mitarbeit ergibt, befaßt sich die Arbeit in erster Linie mit diesen beiden Autoren unter Heranziehung der weiteren "Nachfolger". Eine ausführliche Eröterung der übrigen Literaturmeinungen, die zum Teil die vorgenannten Ansichten kritiklos übernommen haben, würde im übrigen den Zweck und den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Das gilt insbesondere für die Autoren, welche die Theorie lediglich als Ausgangspunkt für eine eigenständige theoretische Abgrenzung benützen, so insbesondere Wimmer[16) 17)].

---

16) NJW 57, 1169 ff.; 60, 1545 ff.

17) Der Vollständigkeit halber soll aber ein Überblick über die der Theorie zustimmenden Literaturmeinungen gegeben werden. (Zu weiteren Zitaten vgl. Mattes S. 463 - 488.)

a) Die sittliche Neutralität der Ordnungswidrigkeiten heben hervor: Baldus, Niederschriften, Bd. I S. 85; Bockelmann, Schuld und Sühne, S. 9; Bouska DAR 62, 193; Ebisch S. 11; Gallas, Niederschriften, Bd. I S. 87 f.; Henkel 1., S. 86; A. Kaufmann, Unrechtsbewußtsein, S. 191 f. (aber: Schuldprinzip, S. 201: "sittlich fundierte Gehorsamspflicht"); Kleinknecht-Müller, 4., OWiG, Einl. 4 a; Kohlhaas, OWiG, Vorb. 4; H. Mittelbach, DRiZ 55, 184 ff. (aber: DÖV 57, 251); Niese, ZStW 70, 353; K. Peters, Kriminalstrafe, S. 15; Rotberg S. 26 f., Schlegtendahl, Diss. S. 26 ff.; v. Schlotheim, DAR 60, 276; Schönke-Schröder, vor § 13 Rdnr. 11; Schwarz-Kleinknecht, OWiG, Vorb. 2; Sommer, Diss., insbes. S. 40 f.; Stoecker MDR 52, 385, ders., OWiG Vorb. II; Wernicke, NJW 63, 327; Wimmer a. a. O.; Jagusch. LK, III, 1 vor § 13; BGHSt 11, 263 f.; BayObLG NJW 62, 2166, 2167!

b) Die Ordnungswidrigkeit als der Verletzung eines ethisch indifferenten Gehorsamsanspruches, als Verstoß gegen Interessen der Verwaltung heben hervor: Henkel, Jagusch, A. Kaufmann, Rotberg, Stoecker jeweils a. a. O.; Drews-Wacke, 6., S. 115; R. Lange GA 53, 3 ff., JZ 56, 73 ff., JZ 57, 233 ff., 238; Lang-Hinrichsen GA 57, 225; Maurach, AT, S. 15; Merk S. 1002 f., 1007 ff.; Michels S. 45 ff.; Nüse JR 49, 401; Patzig, OWiG, Einf. I, 2; Salzmann, Diss. S. 40; Schwarz-Dreher, Vorb. 1 B vor § 360; Schwarz-Kleinknecht, OWiG Vorb. 1; v. Turegg-Kraus, S. 305; BVerfGE 9, 167 ff., 171; 22, 49 ff., 79 f. (anders E 8, 197 ff., 207; geringerer Unrechtsgehalt); BGH NJW 55, 351; OLG Karlsruhe NJW 55, 1200.

B) Kritik:

Die Verwaltungsstrafrechtstheorie ist nicht ohne erhebliche Kritik geblieben. Der Widerspruch richtet sich dabei vorwiegend gegen die Ansicht, daß die Ordnungswidrigkeiten wesensverschieden gegenüber der Straftat seien, d.h. daß ein "aliud-Verhältnis" bestehe. Demgegenüber wird erklärt, daß es sich lediglich um eine quantitative Unterscheidung nach der Schwere des Unrechts handle[18].

1. Die wesentlichen Grundlagen der Theorie und damit des Ordnungswidrigkeitenrechts lassen sich reduzieren auf drei Kriterien, die allerdings ihrerseits untereinander zusammenhängen:

aa) Die Ordnungswidrigkeiten sind Verstöße gegen Verwaltungsinteressen, bedeuten die Verletzung von Verwaltungsgütern, die sich von den Rechtsgütern qualitativ unterscheiden.

bb) Die Ordnungswidrigkeiten enthalten sozial-ethisch indifferentes Unrecht; Kriminaldelikte enthalten sozial-ethisch werthaftes Unrecht.

cc) Die Ordnungswidrigkeiten beinhalten einen reinen Ordnungsverstoß.

a) Diese Kriterien (und damit die Verwaltungsstrafrechtstheorie überhaupt) sind nur von ihren "weltanschaulichen Prämissen" her verständlich. Das hat insbesondere Mattes[19] mit ausführlicher Begründung gezeigt. (Auf diese Darlegungen, denen im wesentlichen zuzustimmen ist, soll hier verwiesen werden.) Diese Grundlagen beruhen auf der individualistischen Anschauung des Liberalismus. Entsprechend dieser Auffassung wird die Rechtsordnung, Gerechtigkeit, nur mit der quasi vorstaatlichen Individualsphäre verbunden.

---

18) Bockelmann ZStW 66,124, wohl auch k+v 66,286; Boldt ZStW 68,368 ff.; Eser, Diss., z.B. S.98,101,116; v.Hippel II, insbes. S.112-118; Jescheck JZ 59,461, ders., Strafrecht, LB, S.37; Kischa, Diss., insbes. S.79 ff.; Mattes, Diss., S.563 ff.; H.Mayer, AT, S.71 ff.; H.Peters, LB, S.190 f.; Sax, Grundrechte, S.919 ff., 922, ders., Müller-Sax, Einl.6 a; Schäfer, Dalcke-F., OWiG, Vorb.2 und 3; Trops, insbes. S.35 f.; Welzel JZ 56, 240, ders., JZ 57,132; Werner LK, I vor § 360

19) Mattes, Diss., S.47, 505 ff. auch zum folgenden; Zahlenangaben im folgenden ohne Fundstellenangabe beziehen sich auf diese Schrift; vgl. auch Bettermann, Strafgewalt, S.294; Jescheck JZ 59,461 (im Anschluß an Mattes), ebenso Krümpelmann S.168

Demgegenüber steht der Mensch als soziales Wesen außerhalb des Rechts. Wird der Staat in diesem Bereich (Wohlfahrtspflege) tätig, so handelt er folglich im rechtsfreien Raum, nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten, lediglich begrenzt durch die Rechte des Individuums[20]. Diese individualistische Auffassung zeigt sich am deutlichsten darin, daß der Einzelne gegenüber der Gemeinschaft keine eigenen Rechtspflichten besitzt, sein Tätigwerden insoweit als Hilfsorgan der Erfüllung von Aufgaben dient, die eigentlich der Verwaltung obliegen[21]. Folgerichtig ergibt sich daraus, daß eine Verletzung dieser Hilfspflichten keine (Straf-)Rechtsverletzung bedeutet.

b) Diese Anschauung stimmt jedoch mit unserem heutigen Verständnis der Rechtsordnung und der Stellung des Einzelnen in ihr nicht überein. Der Mensch ist nicht nur ein Individuum, das als "Hilfsorgan der Verwaltung" tätig wird, sondern ein "Glied der Gemeinschaft mit (eigenen) primären rechtlichen Pflichten, die sich aus seiner Sozialpflichtigkeit ergeben"[22].

"Das Grundgesetz hat ... die Spannung Individuum-Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten"[23], der vielmehr durch Art. 2 I GG, als außerhalb des Rechts stehend, garantiert wird[24]. Diese Entscheidung kommt am sinnfälligsten durch das Bekenntnis des Grundgesetzes zum sozialen Rechtsstaat, Art. 20 I, 28 GG, zum Ausdruck. Die Funktionen eines solchen Staates beschränken sich nicht lediglich auf die Gefahrenabwehr; er erfaßt vielmehr und gerade den einzelnen Menschen in seiner Bedeutung als Glied-Person. Es ist das der Bereich der leistenden und gewährenden Verwaltung, für den Forsthoff[25] den Begriff der "Daseinsvorsorge" geprägt hat. Bedingt durch die gewaltige Steigerung der staatlichen Aufgaben im modernen Massenstaat, erfolgt notwendig eine staatliche Regelung und Verwaltung auf allen erdenklichen Gebieten. Diese Ausweitung des staatlichen Aufgabenbereiches bringt notwendig eine Einengung des privaten Sektors und damit eine Abhängigkeit des Einzelnen vom Staate mit sich. Aus der autonomen Individualpersönlichkeit der liberalistischen Vorstellung wird die Gliedpersönlichkeit

---

20) So deutlich etwa Stoecker MDR 52, 385; Kohlrausch-Lange, Vorb. A III. 1 vor § 13

21) Goldschmidt, Festschrift S. 423 22) Jescheck a. a. O. S. 461

23) BVerfGE 4, 7 ff., 15; ,7, 320 ff., 323; 12, 45 ff., 51; Maunz-Dürig Art. 1, Rdnr. 46 ff.

24) Krümpelmann S. 168

25) Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938

des modernen Sozialstaates. Der Mensch "lebt ... nicht nur im Staat, sondern auch vom Staat"[26]. Demgemäß erbringt der gewährende Staat seine Leistung nicht mehr im rechtsfreien Raum, nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten, sondern nach den Grundsätzen der "austeilenden Gerechtigkeit", Art. 20 III GG. Der Einzelne ist damit auch im Bereich der staatlichen Verwaltung selbständiges Rechtssubjekt und nicht mehr bloß Objekt, Gegenstand staatlicher Tätigkeit. Mit dieser Feststellung, daß der Mensch als soziales Wesen an der Rechtsordnung teil hat, wird der Lehre von Goldschmidt und seiner Anhänger der Boden entzogen, denn damit ist die Grundlage dieser Lehre, der Gegensatz von Individual- und Sozialbereich, von rechtlichem und rechtsfreiem Bereich, entfallen. Nicht mehr das isolierte Einzelwesen ist maßgebend für die Rechtsordnung, sondern die Gemeinschaftsbezogenheit des Menschen. Die Grundwertungen unserer Gemeinschaft, wie sie z.B. in der Verfassung ihren Niederschlag gefunden haben, sind nicht mehr bloß Rechte, die dem Einzelnen als solchen zustehen; sie durchziehen vielmehr die Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit und haben damit, da die Rechtsordnung den Einzelnen stets als soziales Wesen erfaßt und damit auch seine Pflichten bestimmt, für den Menschen unmittelbare materielle Bedeutung: Art. 1 III GG. Damit kann nicht mehr der Einzelne als Glied der Gemeinschaft Grundlage für ein besonderes Ahndungsrecht sein. Denn die Gliedpflichten gegenüber der Gesamtheit unterscheiden sich nicht von den Pflichten, die dem Einzelnen gegenüber dem Einzelnen obliegen[27].

2) An diesem Ergebnis ist die von der Theorie vorgenommene Gegenüberstellung von Verwaltungsinteressen oder -gütern einerseits und Rechtsgütern andererseits zu überprüfen. Diese Rechtsbegriffe beruhen auf dem angeblichen Gegensatz von Wohlfahrt = Verwaltung und Gerechtigkeit = Justiz. Zwischen diesem Begriffspaar besteht jedoch kein Gegensatz, sondern lediglich ein rangmäßiger Unterschied.

Ziel und Aufgabe jeder staatlichen Tätigkeit ist die Verwirklichung der Gerechtigkeit[28]. Diese Gerechtigkeit ist jedoch ihrer Natur nach nur ein erstrebtes Endziel, das als solches zur Realisierung eines Zwischengliedes, eines Mittels bedarf. Als Mittel zur Erreichung dieses Zieles kommen dabei alle Zwecke in Betracht, die im Rahmen unserer Wertordnung als wertvoll anerkannt sind und die die Schaffung einer als richtig vorgestellten sozialen Ordnung ermöglichen[29].

---

26) Forsthoff, Verfassungsprobleme S. 9

27) Krümpelmann S. 168; Jescheck JZ 59, 461; Mattes S. 600

28) Michels S. 29

29) Mayer I 11, V, 2

Bei der Umsetzung der abstrakten Gerechtigkeit als Ziel staatlicher Tätigkeit in konkrete Rechtssätze entsteht notwendigerweise ein Spielraum, der je nach "Entfernung" des Normzweckes von zugrundeliegenden Gerechtigkeitsgeboten unterschiedlich groß ist. Zur maßgeblichen Entscheidung innerhalb dieses Spielraumes ist daher die gesetzgeberische Tätigkeit unerläßlich. Die vom Gesetzgeber geschaffenen Gesetze können aber nicht nach dieser unterschiedlichen Entfernung verschieden bewertet werden; denn immer sind die vom Gesetzgeber zulässigerweise als wertvoll erachteten Normziele Mittel zur Erreichung der sozialen Gerechtigkeit. Selbst wenn sich diese Ziele erst aus den besonderen Umständen oder einer Wertentscheidung des Gesetzgebers ergeben, bleiben diese Gesetze Normen mit materiellem Rechtscharakter. Da nach obigem das Recht die gesamte Rechtsgemeinschaft erfaßt, muß auch die Verwaltungstätigkeit, auch soweit es sich um Verwaltungsvorschriften handelt, rechtliches Handeln sein und ihre Ziele müssen daher ebenso wie die des Gesetzgebers der sozialen Gerechtigkeit dienen. Damit ist auch die Wohlfahrtsförderung als spezifische Aufgabe der Verwaltung unter dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit keineswegs belanglos[30], sie ist vielmehr in ihrem Inhalt an die Gerechtigkeit als materiellem Rechtsprinzip gebunden und stellt lediglich eine Projizierung dieses Prinzips auf die Verwaltungstätigkeit des Staates innerhalb der Gemeinschaft dar[31].

Damit ist aber der Gegensatz von Justiz und Verwaltung entfallen[32], und auch die sog. Verwaltungsgüter unterscheiden sich in nichts von den Rechtsgütern[33]; beide beruhen gleichermaßen auf der gesetzgeberischen Entscheidung, einen für die Gerechtigkeit wertvollen Zweck zu verfolgen.

Dort, wo die Theorie von Verwaltungsgütern ausgeht, kann man allenfalls davon sprechen, "daß die Verwaltungstätigkeit des Staates quasi zwischengeschaltet"[34] ist. Man kann aber diese Tätigkeit als solche nicht zu einem eigenen Rechtswert erheben, wie es die Theorie tut. Auch bei den sog. Verwaltungswidrigkeiten geht es immer um die "hinter ihnen stehenden"[35] Ziele, letztlich um die Gerechtigkeit. D a n e b e n gibt es kein besonderes Interesse der Verwaltung an sich selbst. Die Verwaltung ist nicht Selbstzweck[36].

---

30) zust. Jescheck JZ 59, 461
31) Michels S. 29
32) Krümpelmann S. 168
33) Kischa S. 84
34) Kischa S. 84
35) Mattes S. 622
36) Kischa S. 96

Daß die Ordnungswidrigkeiten in der überwiegenden Mehrzahl gar nicht die Verwaltungstätigkeit betreffen, sondern dem Schutz von Rechtsgütern dienen, zeigen auch die Gesetze. So geht es z.B. bei den Ordnungswidrigkeiten der §§ 39 I Ziffer 7, 8 BJagdG[37], 14 JugendschutzG i.d.F. vom 9.4.61 (BGBl. I 497), 21 MutterschutzG[37], 67 JugendarbeitsschutzG[37] nicht um die Beziehung Täter-Behörde, sondern um den Schutz der Rechte des Grundeigentümers bzw. den Schutz bestimmter Arbeitnehmer. Ebenso dienen die Ordnungswidrigkeiten der §§ 69 I BSeuchenG[37], 27 I GeschlechtskrankheitenG[37], 41 I Ziffer 2, 3, WasserhaushaltsG[37] dem Schutz von Leib und Leben der Bevölkerung. In weiten Bereichen handelt es sich bei den Ordnungswidrigkeiten um Gefährdungsdelikte[38].

3) Aus der Verletzung von solchen bloßen "Verwaltungsgütern" folgert die Verwaltungsstrafrechtstheorie, daß der ordnungswidrig Handelnde lediglich eine Lässigkeit begangen habe, ungehorsam gegenüber dem formellen Ordnungsbefehl gewesen sei, es läge somit ein reiner Ordnungsverstoß vor.

a) Wie oben gezeigt wurde, ist jede staatliche Tätigkeit darauf angelegt, innerhalb der staatlichen Gemeinschaft soziale Gerechtigkeit herbeizuführen. Die Entscheidung über die Zwecke, die zur Erreichung dieses Zieles erforderlich sind, trifft dabei im Rahmen der verfassungsmäßigen Wertordnung der Gesetzgeber. Die von ihm geschaffenen Normen, auch die Strafrechtssätze, setzen folglich notwendig voraus, daß der Gesetzgeber den Normenzweck als unerläßlich zur Bewahrung der rechtlichen Lebensordnung und der sie tragenden Gerechtigkeitsvorstellung bewertet hat.

Kann ein solcher vom Gesetzgeber zulässigerweise als rechtlich wertvoll anerkannter Zweck nur errecht werden, wenn alle Menschen sich in derselben Weise verhalten, dann ist die der Norm entsprechende Pflicht eine dem Einzelnen obliegende, sich aus seiner Gliedstellung ergebende rechtliche Pflicht. Ein Verstoß gegen eine solche Norm ist damit, als im Widerspruch zur Gerechtigkeit, eine Verletzung der in der Gemeinschaft existenten Rechtsordnung. Aus dieser Gemeinschaftsordnung bezieht die formelle Norm ihre Berechtigung und ihren materiellen Gehalt und aus diesem Grund ist jeder Normverstoß materielles Unrecht[39]. Nun kann eingewendet werden, daß ein solcher Verstoß nicht vorliege bei Normen, die der Gesetzgeber ebensogut in anderer,

---

37) i.d.F. des EGOWiG v. 24.5.68 (BGBl. I, 503)

38) zust. Lackner JurJahrb. 63/64, S.73 ff., 78; Eser S.89 m.w.N.

39) Mattes S.640

"entgegengesetzter" Weise hätte regeln können, so z.B. das Rechts- oder Links-Fahrgebot, das Rechts- vor Links-Fahrgebot oder schließlich die unterschiedlichen Geschwindigkeitsregelungen im Straßenverkehr. Würde sich der Gesetzgeber hier für eine bestimmte Regelung entscheiden, dann sei eine Verletzung derselben eine bloße "Vorschriftswidrigkeit"[40]. Diese Kritik übersieht jedoch, daß die Frage, w i e der Gesetzgeber eine Regelung zum Schutze eines werthaften Gutes ausgestaltet, ein sekundäres Problem ist, das nicht zuletzt im gesetzgeberischen Ermessen steht. Entscheidend ist vielmehr, o b er ein Gut für schutzwürdig hält. Wie immer er die Frage dieses Schutzes in einer Norm regelt, in jedem Fall beruht diese Norm auf der vorgängigen gesetzgeberischen Bewertung, daß z.B. die einheitliche Fahrtrichtung für die Verkehrssicherheit und damit für Leib und Leben der Verkehrsteilnehmer unerläßlich ist. Unabhängig von der getroffenen Regelung gibt diese vorgängige Beurteilung eines Gesetzzweckes als wertvoll für die Gemeinschaftsordnung der Regelung ihre materielle Grundlage. Sie ist damit nicht bloß formelle Ordnungsvorschrift, sondern materielle Rechtsnorm im echten Sinne[41].

b) Die Charakterisierung der Ordnungswidrigkeit durch die Verwaltungsstrafrechtstheorie als reinen Ungehorsam wirft sofort die Frage auf, was den Staat befugt und unter welchen Voraussetzungen er berechtigt ist, Gehorsam zu verlangen. Allein des Gehorsames wegen kann der Staat denselben nicht verlangen, denn, wie Kischa (S.83) zutreffend ausführt: "Wer Gehorsam um des Gehorsames willen verlangt, handelt nicht im Rahmen des Rechts", ein solches Handeln wäre vielmehr Willkür. Es wäre unerträglich, wenn das staatliche Recht zu Zwangsreaktionen sich auf bloßen Ungehorsam gründen würde[42]. (Eine gewisse Einschränkung ist lediglich dort zu machen, wo, wie in besonderen Gewaltverhältnissen, so z.B. beim Militär, tatsächlich der Gehorsam im Vordergrund steht; aber auch dort ist er nicht Selbstzweck, sondern Mittel, um die Funktionsfähigkeit z.B. des Militärs für den Ernstfall zu gewährleisten[43]). Bei den Ordnungswidrigkeiten ist aber nicht der bloße Ungehorsam der Grund der Sanktion; denn genauso wie bei einer Kriminalnorm bestimmt auch hier der materielle Grund der Vorschrift, der den Gehorsamsanspruch trägt, die

---

40) vgl. Michels S.50 f.

41) Mattes S.641, Kischa S.96

42) Sax, Grundrechte, S.921

43) H.Arndt, Wehrstrafrecht S.188; für den Ungehorsam des § 19 WStG v. 30.3.57 (BGBl. I, 298) genügt nicht nur die Befehlsverweigerung, vielmehr müssen dadurch "schwerwiegende Folgen" verursacht sein, was nach Arndt a.a.O. als Beeinträchtigung eines Rechtsgutes zu verstehen ist. Für die Befehlsverweigerung des § 20 WStG ist das Rechtsgut die Schlagkraft der Truppe (Arndt a.a.O. S.196)

vorgängige Bewertung des Normzweckes als für die Gemeinschaft wertvoll, den materiellen Gehalt der Zuwiderhandlung. Nur wegen dieses jeder Norm eigenen Zweckes kann der Staat überhaupt von dem Rechtsunterworfenen Gehorsam verlangen[44]; er fordert ihn, um einen sozial wertvollen Zustand oder Vorgang herbeizuführen, zu erhalten oder dessen Beeinträchtigung zu verhindern[45]; ein anderes Ziel einer Norm als diesen Interessenschutz gibt es nicht[46]. Somit tritt der Ungehorsam stets neben die Verletzung von sozial wertvollen Interessen[46], die ihrerseits als eigentlicher Normgrund das materielle Unrecht jeder Norm bestimmen[47]. (Die Verwaltungsstrafrechtstheorie macht aber auch nicht Ernst mit dem "bloßen Ungehorsam". Denn folgerichtig müßte dann Anknüpfungspunkt für die Tat lediglich der Befehl als solcher bzw. seine Folgen sein und sanktioniert werden müßte dann jede Befehlsverweigerung in derselben Weise. Wie noch zu zeigen sein wird, ist aber Maßstab für die Geldbuße die Schwere der Tat sowie die persönliche Schuld und die sonstigen persönlichen Verhältnisse.)

c) Die Lehre von den Ordnungswidrigkeiten als reinem Ordnungsverstoß hat insbesondere Lange[48], im Anschluß daran Michels[49], aufgegriffen und erweitert. Sie stellen der Kriminalstraftat als Verstoß gegen ein vorgefundenes, vorgegebenes sittliches Recht die Ordnungswidrigkeit als Verstoß gegen ein positiv geschaffenes, wertneutrales Recht gegenüber (wohl im Anschluß daran wird das Ordnungswidrigkeitenrecht als "technisches zeit- und verhältnisbedingtes Unrecht" bezeichnet[50]). Dieser Aufspaltung der Rechtsordnung ist entgegenzuhalten, daß auch das Kriminalstrafrecht nicht bloß die tatbestandliche Formulierung vorgegebener Wertsätze ist, nicht bloß "nach"-, sondern auch "vor"-schreibt[51]. (Staatsschutzdelikte!). Zwar ist die unserer heutigen Strafrechtsordnung zugrunde liegende Rechtsauffassung oder Rechtsmoral im weiten Bereich geschichtlich bedingt und insoweit auf uns überkommen und überliefert worden. Aber schon ihre Auswahl und Konkretisierung in Tatbeständen und die Abgrenzung dieser einzelnen Rechtssätze gegeneinander, insbesondere soweit es die Anpassung an unsere heutige Zeit und Rechtsauffassung betrifft, verlangen eine "schöpferische Leistung des

---

44) Sax, Grundrechte S. 922
45) Welzel JZ 57, 132
46) Kischa S. 83
47) i.E. ebenso Tiedemann AöR 89, 56 ff., 72
48) JZ 56, 77
49) Zuwiderhandlung § 51
50) so z.B. BVerfGE 9, 171; BayObLG NJW 62, 2166, 2167; Maurach AT. S. 15; Mittelbach MDR 58, 66
51) so aber Michels a.a.O.: Ordnungswidrigkeiten = Vorschriften

Gesetzgebers"[52]. Das wird bei einem überlieferten Grundsatz deutlich, wenn es um die Frage der Umfangsbestimmung eines ihm entsprechenden Tatbestands geht. - Aber eine Rechtsordnung besteht nicht nur aus diesem "alten" Recht. Vielmehr kann das Entstehen neuer Verhältnisse, neuer Bedürfnisse und nicht zuletzt neuer Wertvorstellungen innerhalb der Rechtsgemeinschaft zur Schaffung neuer Rechtsgüter führen und damit Anlaß für den Gesetzgeber sein, diese schützende oder gewährleistende Normen zu schaffen. Dabei ist nicht so sehr an z.B. Sittlichkeitsdelikte zu denken, deren Einschätzung erheblichen Schwankungen unterworfen ist; das gilt ebenso z.B. für Fragen des Arbeitsschutzes, des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, der Wirtschaftsordnung oder des Atomrechts. Bei solchen neu entstehenden Gemeinschaftsbedürfnissen kann das gesetzgeberische Tätigwerden eine unumgängliche Notwendigkeit sein. Wie Mattes (S.655) formuliert, ist hier der Gesetzgeber "sowohl gebunden als auch frei". Er hat sich zum einen innerhalb der Rechtsordnung der Gemeinschaft zu halten, zum anderen hat er aber auch bei der Konkretisierung solcher Ordnungsprinzipien einen Spielraum (Auswahl, Umfang und Gewicht der Schutznorm), der ihm seinerseits einen gewissen Einfluß auf die Bildung von Rechtsüberzeugungen innerhalb der Gemeinschaft gibt ("beschränkter sozialethischer Führungsanspruch" des Staates[53]). Gerade bei solchen Rechtssätzen zeigt es sich, daß allein aus dem Umstand, daß der Gesetzgeber nicht schon auf bestimmte Modelle festgelegt ist, sondern neugestaltend tätig werden kann und muß, allein kein Unterschied zwischen "altem" und "neuem" Recht gemacht werden kann. In diesem Sinne ist jeder geschaffene Rechtssatz "künstliches" Recht, ja muß es sein. Ebenso wie eine Gemeinschaft sich fortentwickelt, weiterlebt und nicht als einmal geschaffen erstarrt, genauso muß sich das Recht weiterbilden und entwickeln und sich durch neue Regelungen für neue Umstände bewähren. Es muß u.U. "zeit- und verhältnisbedingte" Situationen erfassen und regeln. Nur so wird es seiner wirklichen Funktion gerecht, zu jeder Zeit eine dem Seinsverständnis der Gemeinschaft entsprechende gerechte Regelung der sozialen Lebensverhältnisse herbeizuführen. Da aber auch solche "neue" Rechtssätze gleichermaßen diese Gerechtigkeit erstreben und nur aus diesem Grunde geschaffen werden, kann kein wertmäßiger Unterschied zwischen "altem" und "neuem" Recht bestehen[54]. Verstöße gegen neue Rechtssätze sind wegen der Bewertung des Normzweckes als wertvoll für die Gemeinschaft stets sozialschädlich. Das ist auch der alleinige Grund und nicht die bloße

---

52) Mattes S.652

53) Wimmer NJW 57, 1170, Mattes S.655; BVerfGE 13, 107.

54) A.Kaufmann, Unrechtsbewußtsein, S.195

Folge der Normwidrigkeit, die ihr quasi äußerlich angehängt wird[55]. Diese zeitliche Bedingtheit einer Norm liegt vielmehr im Wesen des Rechts[56].

d) Die Bezeichnung der Ordnungswidrigkeit als bloß "formeller Ordnungsverstoß" und damit letztlich die gesamte Theorie beruht darauf, daß sie aus der sogenannten "Mediatisierung" oder "Abschichtung", d.h. aus der "Entfernung" der Normen von zugrundeliegenden Schutzgütern einen rechtlich relevanten, qualitativen Unterschied von Kriminalstraftat und Ordnungswidrigkeit herzuleiten versucht; die Ordnungswidrigkeit hätte nicht wie die Kriminalstraftat zeitlose, grundlegende, elementare Lebensinteressen, d.h. Rechtsgüter, d.h. Grundwerte, zum Gegenstand[57], sie seien vielmehr "technische" und "rein zweckmäßige", "zeit- und verhältnisbedingte" Ordnungsregelungen[58].

aa) Die in dieser Ansicht zum Ausdruck kommende Verengung des Rechtsgutbegriffes übersieht, daß die Grundwertordnung einer Gemeinschaft, wie sie z.B. im Bonner Grundgesetz zum Ausdruck kommt, und die strafrechtliche[59] Rechtsgüterordnung sich nicht decken, d.h. nicht übereinstimmen. Beide liegen vielmehr auf "verschiedenen Wirkebenen"[60]. Die grundgesetzliche Wertordnung bildet mit ihren Rechtssätzen lediglich den "abstrakten Rahmen... für alle staatlich-rechtliche Aktivität"[61]. Eine Übereinstimmung besteht nur hinsichtlich eines "Kernbereiches vorgegebener ... Werte"[62], z.B. des Lebens, der Ehre, der Freiheit oder des Vermögens; im übrigen stellt aber die strafrechtliche Rechtsgüterordnung eine "eigenständige Schutzordnung"[63] dar, deren Einzelpositionen selbst nicht letzte Grundwerte darstellen.

Eine solche Divergenz ergibt sich notwendig aus der Aufgabe des Staates und der Funktion des Gesetzgebers. Letzterer hat nicht schlechthin und generell

---

55) so aber Michels S.51

56) vgl. dazu Mattes S.661 f.

57) E.Schmidt S.20, 27; Rotberg S.26

58) BVerfGE 8,171; Rotberg S.26; ähnlich Mittelbach MDR 55, 66 BGHSt (GrSen) 11,263

59) Strafrecht hier i.w.S.: Recht der repressiven Sanktionen

60) so Sax, Grundrechte, 912; der Ansicht von Sax folgt Hamann, Strafgesetzgebung, S.25 f.

61) Sax a.a.O. S.912

62) Lange JZ 56, 73 ff., 79

63) Sax a.a.O., S.913

jede Verletzung von solchen obersten Grundwerten zu erfassen (Bedenken hiergegen ergeben sich aus dem Bestimmtheitsgebot i.S. v. Art.103 II GG, sowie aus dem "fragmentarischen Charakter des Strafrechts"[64]) und schließlich aus der Folge eines solch weitreichenden Strafrechts, das im Ergebnis jede Tätigkeit innerhalb der Gemeinschaft lähmen würde); vielmehr hat er nur dort und nur soweit sanktionsbewehrte Normen aufzustellen, als es für die Rechtsgemeinschaft erforderlich ist. - Entsprechend dem schon oben aufgeführten Ermessensspielraum reicht auf der einen Seite die Skala der gesetzgeberischen Möglichkeiten bei der Tatbestandsformulierung von der Erfassung der Verletzung bis zur (versuchten) konkreten oder abstrakten Gefährdung von Recht Rechtsgütern; darüber hinaus braucht der Tatbestand nicht schlechthin "jede Angriffshandlung" zu erfassen, er kann sich vielmehr beschränken auf eine begrenzte, detailliert beschriebene Handlung. Die Entscheidung, welche dieser Möglichkeiten der Gesetzgeber anwendet, bestimmt sich dabei im Rahmen der grundgesetzlichen Wertordnung[65]) nach der Schutzwürdigkeit und der Gefährdetheit der betreffenden Rechtsgüter. - Auf der anderen Seite ist der Gesetzgeber nicht beschränkt auf den Schutz unmittelbar dieser obersten Güter. Aus der Aufgabe des Staates, nicht nur liberalistischer "Nachtwächterstaat" zu sein, sondern darüberhinaus gewährender, ordnender und gestaltender Sozialstaat zu sein, ergibt sich, daß er Leitbilder und Zielvorstellungen, "Nahziele" aufzustellen hat, die zur Gewährleistung oberster Grundwerte und damit einer gerechten sozialen Ordnung erforderlich sind. Zur Durchsetzung dieser "Nahziele" dienen sanktionsbewehrte Normen, Gebote und Verbote; diese Nahziele jener Normen sind, wie z.B. der Bereich des Wirtschaftsrechts oder der Fürsorge im weitesten Sinne zeigt, unumgänglich, da nur so der Gesetzgeber seine Aufgabe der Gestaltung erfüllen kann. Die obersten Grundwerte bedürfen aber auch wegen ihrer Allgemeinheit der Abschichtung in "Mittel- und Unterwerte"[66]), die als "Nahziele" Schutzobjekt und Zweck der Normen sind[67]). (Nur so läßt sich auch die Schutzrichtung der konkreten Norm bestimmen.)

---

64) Sax a.a.O., S.930; s. auch Binding, LB, Bd.1, S.20

65) Sax, a.a.O., S.931

66) Eser S.93

67) so im Ergebnis Sax a.a.O., S.912 f., der jedoch umgekehrt aus der Tatsache, "daß alles menschliche Handeln bestimmte bedürfnisbedingte ... Nahziele hat, die in aller Regel nur mittelbaren Bezug zu den grundgesetzlichen Werten haben", folgert, daß dann auch der Gesetzgeber diesen entsprechende Rechtsgüter (Schutzgüter) erfassen müsse.

Das gilt aber auch für das Kernstrafrecht. So sind z.B. bei den Rechtspflege- oder den Sittlichkeitsdelikten (diese allerdings nur, soweit sie die Sittlichkeit als solche schützen, nicht jedoch, wenn sie die geschlechtliche Selbstbestimmung schützen, da dann Art. 2 I GG Grundwert ist[68]), ferner bei den Delikten der Abschnitte 6, 7, 8 des StGB (sie richten sich gegen die Staatsgewalt bzw. die öffentliche Ordnung), deren Rechtsgüter in der grundgesetzlichen Wertordnung als solche nicht ausdrücklich ausgeformt. Diese Rechtsgüter sind daher "Mittelwerte", die zusammen mit zahlreichen anderen Werten die Grundlage für die Entfaltung der grundgesetzlichen Oberwerte bilden[69].

Mit diesem Abschichtungsprozeß, der gerade auf dem Gebiet der Ordnungswidrigkeiten erfolgt (ist), hängt zusammen die "Technifizierung" der Tatbestände; diese sind "spezialisiert", erfassen nur einen eng begrenzten Sachverhalt und sind je nach der Materie in technische Beschreibungen eingekleidet, so daß scheinbar kein Zusammenhang mit obersten Grundwerten besteht. Das gilt aber auch für das Strafrecht. So sind z.B. die Straftatbestände des Lebensmittelgesetzes i.d.F. v. 24.5.68 (BGBl. I, 503) i.V.m. den gemäß § 5 dieses Gesetzes ergangenen Rechtsverordnungen über Bestandteile und Bezeichnung von Lebensmitteln in weitem Umfang durch chemische Begriffe ausgefüllt. Es besteht aber kein Zweifel, daß es sich um Normen zum Schutz von Gesundheit bzw. Vermögen der Käufer handelt. Eine technische Einkleidung findet sich auch in den Strafvorschriften der AO i.V.m. den einschlägigen Steuergesetzen.

Sowohl die Abschichtung wie auch die technische Einkleidung ist sonach keineswegs eine Besonderheit des Ordnungswidrigkeitenrechts.

Ganz abgesehen davon wären diese Umstände keine zureichenden Unterscheidungsmerkmale. Das ist für die Technifizierung sicher, denn es kann keinen Unterschied machen, ob ein Gesetzestext z.B. lautet: Lebensgefährliches Autofahren ist verboten, oder: Die Geschwindigkeit in Ortschaften darf 50 km/h nicht überschreiten; beidesmal ist der Normzweck identisch[70]. Das ist aber auch für die Abschichtung sicher. Denn es ist kein einleuchtender Grund ersichtlich, von einem bestimmten Punkt der Abschichtung an zu sagen,

---

68) vgl. zu dieser Unterscheidung Schönke-Schröder, Vorb. II vor §§ 173 ff. StGB; a.A. als im Text Sax a.a.O., der allg. die Sittlichkeits- wie auch die Staatsschutzdelikte anführt. Letztere dienen aber in weitem Umfang, wenn auch in unterschiedlicher Ausprägung, vgl. Schönke-Schröder, Einl. I vor §§ 80, dem Schutz der verfassungsmäßigen Ordnung, die aber Grundwert ist, Art. 18, 21 GG

69) Sax a.a.O.

70) so auch Krümpelmann S. 173; Mattes S. 667

ab jetzt handelt es sich nur noch um Ordnungsverstöße[71].

Übrig bleibt sonach lediglich ein quantitativer Unterschied nach dem Grad der Abschichtung, danach, ob die Beziehung zu Grundwerten noch erkennbar ist. Das rechtfertigt aber allenfalls eine unterschiedliche Strafwürdigkeit[72]. Tatsächlich sind auch die vorhandenen Ordnungswidrigkeiten von Kriminalstraftaten nicht artverschieden: das Schwergewicht der Ordnungswidrigkeiten liegt auf dem Gebiet der Gefährdungsdelikte; so sind z.B. die Ordnungswidrigkeiten des Atomgesetzes und des Außenwirtschaftsgesetzes weitgehend abstrakte Gefährdungstatbestände[73], ebenso liegen die Ordnungswidrigkeiten des Straßenverkehrsrechts und des Arzneimittelrechts im Vorfeld der Körperverletzung ("Straßenverkehrsvorschriften als Entfaltung des Tötungsverbotes"[74]) bzw. des Betruges und müssen daher auch von hier aus gesehen werden (vgl. auch die oben S.24 aufgeführten Gesetzesbeispiele). Die Unterscheidung zwischen Straftaten und Ordnungswidrigkeiten richtet sich tatsächlich lediglich nach dem Umfang der Gefahr für das bedrohte Gut, nach dem Gewicht des Angriffs, also nach rein quantitativen Gesichtspunkten[75]. Es ist auch hier kein einleuchtender Grenzpunkt zu erkennen, ab wann eine abstrakte Gefährdung ordnungswidrig und ab wann sie strafbar sein soll. Diese Ordnungswidrigkeiten sind damit aber nicht mehr im Gegensatz zu Kriminalstraftaten als bloße technische Ordnungsregelungen zu qualifizieren. Die letztlich nur "gesetzestechnischen" Unterschiede rechtfertigen die Theorie von der Artverschiedenheit nicht.

bb) Die fast notwendige Folge solcher Mediatisierung oder Vorfeldverlagerung gerade im Bereich der Ordnungswidrigkeiten ist, daß kein "greif-

---

71) so zurecht Eser S.94

72) so im Ergebnis Jescheck JZ 59, 461; Eser S.94, 123 ff.; Sax S.923 ff.

73) Das gilt auch für das schon berühmte "Raupen" gem. § 368 Ziff.2 StGB, vgl. Schäfer, Dalcke-F. OWiG. Vorb. 3 m.w. Beispielen

74) A.Kaufmann, Schuldprinzip, S.111 f. Konsequent lehnt E.Schmidt, Lehrkomm. Bd.I, Rdnr.394, Anm.136, die Umwandlung der Verkehrsübertretungen in Ordnungswidrigkeiten ab.

75) Schäfer a.a.O., der darauf hinweist, daß sich die Maßgeblichkeit allein dieser Gesichtspunkte an den Gesetzen zeigen lasse, in denen zum Schutze der nämlichen Rechtsgüter teils Kriminalstrafen, teils Geldbußen angedroht sind: so z.B. §§ 38 - 39 I 7 BJagdG, 11, 12 PaßG. Weiter auch §§ 13, I, 1, 14 I 1 JuSchutzG, 67 I, III JArbschutzG, wonach aus den Ordnungswidrigkeiten eine Straftat wird, wenn dieselbe Handlung zu einer konkreten Gefahr führt.

barer" oder "bezifferbarer" Schaden bei Rechtsverstößen entsteht[76]. Daraus versucht die Lehre[77] zu folgern, daß hier keine Rechtsgutverletzung im eigentlichen Sinne vorläge. Diese Auffassung sieht jedoch das Rechtsgut zu materialistisch, zu sehr in der Nähe des Tatobjektes, als dem Sachverhalt oder dem Gegenstand, an dem sich der reale Taterfolg körperlich manifestiert[78]. Ein Rechtsgutschaden, insbesondere soweit es sich um Rechte oder ideelle Güter handelt, ist jedoch in vielen Fällen nur als solcher erkennbar oder bewertbar, aber nicht "bemeßbar oder bezifferbar". Eine solche Greifbarkeit fehlt z.B. meist bei den Staatsschutzdelikten, beim Meineid, bei Tätigkeitsdelikten, also im Kernbereich des Kriminalstrafrechts. Es ist jedoch keineswegs die Greifbarkeit, die einen Rechtsgutschaden charaktierisiert, sondern die "Beeinträchtigung des Gutsschutzes bzw. des realen gesetzgeberischen Zweckes"[79]; eine solche liegt aber ebenso bei den Ordnungswidrigkeiten vor.

e) Nach allem ist es nicht die Ordnung als solche, die den materiellen Gehalt der Ordnungswidrigkeiten bestimmt. Die Ordnung ist vielmehr eine Funktion des Ordnungsinhalts. Können Rechtsgüter, für die Gemeinschaft als wertvoll anerkannte Zwecke, ihre Wirksamkeit im sozialen Leben nur dadurch erlangen, daß eine bestimmte Ordnung, genau bestimmte Verhaltensanweisungen vorgeschrieben sind, dann bestimmen diese Zwecke den Inhalt der Norm. Die Gesamtheit dieser Zwecke dient der Verwirklichung der gerechten sozialen Ordnung. Sie bilden den Inhalt der rechtlichen Ordnung. Diese ist demnach nicht Selbstzweck, nicht zweckneutrale Regelung, sondern Mittel zu dem vom Recht zu verfolgenden Zweck[80] Nur von ihrer Funktion, Gerechtigkeit zu schaffen, erhält sie ihren materiellen Gehalt.

4) Auch die sozialethische Wertneutralität der Ordnungswidrigkeiten, wie sie von der Verwaltungsstrafrechtstheorie vertreten wird, beruht auf der schon eingangs erwähnten unrichtigen individualistischen Rechtsauffassung: die Ordnungswidrigkeiten drücken nur die Gehorsamspflicht des Gliedes zum Verband aus; in ihnen spricht nur die äußere Macht des Verbandes zum Gliede, nicht die innere Macht gemeinsamer Überzeugung; daher fehlt ihnen auch jedes ethische Moment. Die Sittlichkeit wird ausschließlich auf das Individuum

---

76) Mattes S. 665
77) E. Schmidt SJZ 48, 230; NdWiStr. S. 26
78) Maurach AT. S. 182
79) Mattes S. 665; im Ergebnis zust. Eser S. 91
80) Mattes S. 666

bezogen; die Gliedperson steht außerhalb des Sittlichen[81].

a) Die Sozialethik umfaßt die Gesamtheit der in einer Gemeinschaft und für die Gemeinschaft anerkannten sittlichen Prinzipien und Grundsätze. Diese in einer Gemeinschaft herrschende Wertvorstellung bildet die Grundlage für rechtliche, insbesondere strafrechtliche Gebote und Verbote[82], daraus leiten diese ihre Legitimation und ihre Verpflichtungskraft her. Diese Rechtssätze decken sich jedoch nicht mit jenen sozialethischen Vorstellungen. Dafür sind zwei Gründe maßgebend:

Zum einen: diese Wertvorstellungen bilden kein geschlossenes und systematisches Gefüge von Wertungen. Bedingt durch eine Vielzahl von Einflüssen (von anderen Gemeinschaften, Religionen oder Ideologien) enthalten sie vielmehr Unklarheiten und Widersprüche. Da aberRechtsnormen zweifelsfrei und eindeutig sein müssen, hat der Gesetzgeber durch eine positive Ermessensentscheidung den Konflikt zweier sich widersprechender ethischer Prinzipien (Du sollst nicht töten - militärische Verteidigung des Staates!) zu lösen, darüber hinaus aber bei neu auftretenden Situationen einen gewissen Einfluß auf die Fortbildung ethischer Wertvorstellungen ("beschränkte sittliche Führung") zu nehmen.

Der andere Grund, aus dem sich diese "gewisse Selbständigkeit des Rechts gegenüber der Ethik"[83] ergibt, beruht darauf, daß die Sozialethik eine Ansammlung von allgemeinenGrundsätzen bildet, die nicht unmittelbar auf bestimmte, klar umrissene Lebenssachverhalte zugeschnitten sind. Rechtsnormen müssen jedoch gerade solche Sachverhalte tatbestandsmäßig erfassen. Sie sind und können auch nicht lediglich Schutznormen gegen Angriffe auf ethische Prinzipien schlechthin[84] sein, also quasi tatbestandsmäßige Formulierung und Kodifizierung ethischer Wertsätze[85]. Die Allgemeinheit dieser Sätze und die Konkretheit von Rechtssätzen verlangt vielmehr die auswählende Umsetzung jener Sätze in bestimmte, klarbegrenzte Tatbestände (Fall-Gruppen). Wie bei der Umsetzung von Grundwerten, hat auch hier der Gesetzgeber eine weite Skala der Tatbestandsformulierungen, über die gleichfalls die Schutz-

---

81) vgl. dazu Goldschmidt S. 422 ff.

82) Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale, S. 165 f.

83) Mattes S. 705

84) siehe dazu und zum Folgenden oben S. 28 ff.

85) Bockelmann, Vom Sinne der Strafe, S. 26: Es ist nicht möglich, aus dem Gebot "Du sollst nicht begehren, was Deines Nächsten ist", jenen komplizierten Katalog von Vermögensdeliktstatbeständen zu deduzieren, ohne den kein Strafgesetzbuch auskommt.

würdigkeit des ethischen Wertes bzw. rechtspolitische Gesichtspunkte entscheiden. Auch hier kann sich ergeben, daß wegen des "Vorfeld"-Charakters einer Schutznorm, sowie der "technischen Einkleidung", gerade auf dem Gebiet der Ordnungswidrigkeiten, für einen technisch (d.h. in dieser Gesetzesmaterie) nicht bewanderten Laien der Zusammenhang mit ethischen Wertungen nicht oder nur schwer erkennbar ist. Dennoch handelt es sich bei solchen Normen nicht um bloß technische Ordnungsregelungen. Die Notwendigkeit für eine solche Tatbestandserfassung ergibt sich u.a. daraus, daß mit dem engen Zusammenleben in den modernen Massenstaaten ein besonders häufiger und enger Kontakt zwischen Bürger und Bürger, wie auch zwischen Staat und Bürger stattfindet. Diese umfangreiche Beziehung verlangt notwendig die Schaffung von speziellen detaillierten Regeln. Wie groß auch immer diese Spezialisierung und damit die Entfernung von bestimmten ethischen Grundwerten ist und wie stark auch immer die Norm "technische" Tatbestandsmerkmale enthält, so sind doch diese Normen stets Ausprägungen sozialethischer Grundsätze und gründen sich auf diese. Mehr aber als eine solche Gegründetheit ist nicht von einem Rechtssatz zu verlangen[86]. Zutreffend formuliert daher Mattes: "Die Frage ist falsch gestellt, ob eine einzelne Rechtsnorm ihre Entsprechung in einer gleichlautenden oder doch inhaltlich damit übereinstimmenden ethischen Norm findet" (714)[87]. Daraus ergibt sich aber auch, daß Normen, die gegenüber der Sozialethik gleichgültig wären, letzten Endes ihres Rechtsgehaltes entbehrten und daß ein Staat, der solche Rechtssätze schaffen würde, außerhalb seiner Rechtsetzungsbefugnis stehen würde, er würde nicht "Recht, sondern Unrecht" schaffen[88]. Daß die vorhandenen Ordnungswidrigkeiten tatsächlich sozialethisch werthaft sind, bestätigt die Gesetzeswirklichkeit: So kann keine Rede davon sein, daß Verstöße gegen das Kartellgesetz oder gegen das Außenwirtschaftsgesetz, welche beide die Grundlagen der marktwirtschaftlichen Ord-

---

86) Es kann daher weder Eser (S.166 f., 173) noch Michels (S.46 f.) zugestimmt werden, wenn sie, von unterschiedlichen Ausgangspunkten kommend, für das Kriminalunrecht postulieren, daß dort lediglich "deklaratorisch" eine schon vorhandene, entsprechende sozialethische Schutznorm in eine rechtliche Norm "transformiert" werde, eine These, die z.B. für die Staatsschutzdelikte, also Delikte aus dem Kernbereich des Kriminalrechts, nicht zutrifft. Deshalb ist auch die weitere These dieser Autoren, daß aus diesem Grunde die Ordnungswidrigkeiten nicht sozialethisch unwertig sind, nicht zutreffend.

87) so auch N.Hartmann, Ethik 1926, S.3 f.

88) Kischa S.97; Mattes S.714: "despotische Befehle"; zust. Bettermann, Strafgewalt S.295; Jescheck JZ 59, 461

nung bilden, wertneutral sind. Ebenso sind die oben (S.24) aufgeführten Ordnungswidrigkeiten des Geschlechtskrankheiten-, des Bundesseuchen- oder des Wasserhaushaltsgesetzes keineswegs sittlich wertlos. Sie dienen wie Ordnungswidrigkeiten des Straßenverkehrsrechts dem ethisch zweifellos werthaften Schutz von Leib und Leben. Das gilt schließlich auch für die oben erwähnten Schutzbestimmungen des Arbeitsrechts. (Unverständlich wäre auch, sofern man den Gegensatz von Straftat = ethisch werthaft und Ordnungswidrigkeit = bloßer Ungehorsam bejaht, warum Verstöße gegen das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit i.d.F. vom 30.3.57 (BGBl. I, 315), §§ 1 und 2, ethisch werthaft, da Straftat, sein sollen, obwohl es sich fast ausschließlich um Verletzung von Meldepflichten handelt; unklar wäre auch, warum Verstöße gegen die Arbeitszeitordnung i.d.F. vom 30.4.38 (RGBl. I 44)), § 25, ethisch unwertig, Verstöße gegen die Arbeitszeitvorschriften des Jugendarbeitsschutzgesetzes i.d.F. vom 24.5.68 (BGBl. I, 503), § 67 I 3, 4, 5, wertneutral sein sollen). Die Ordnungswidrigkeiten sind sonach unter ethischen Gesichtspunkten durchaus nicht belanglos[89]).

b) Es besteht sonach kein qualitativer Unterschied zwischen Ordnungswidrigkeiten und Straftaten[90]), wohl aber kann sich eine quantitative Verschiedenheit ergeben. Der Vorfeldcharakter, die Entfernung von ethischen Grundwerten bringt es mit sich, daß bei manchen Ordnungswidrigkeiten der Zusammenhang mit diesen nicht oder nur schwer erkennbar ist. Das gilt aber nicht generell schon dann, wenn solche Normen technisch eingekleidet sind. Im Kern-

---

89) vgl. Jescheck JZ 59, 461; Krümpelmann S.172; Schäfer, Dalcke-F., OWiG Vorbem. 2 jeweils mit weiteren Beispielen.

90) Die vorliegende Arbeit hat darauf verzichtet, auf die Problematik der sog. "Mischtatbestände", vgl. § 3 WiStG 54, einzugehen, obwohl sich auch hier die Unhaltbarkeit der Theorie zeigt, vgl. Eser S.75 ff. Ein solches Absehen war gerechtfertigt, da sich die Bedeutung von § 3, abgesehen von landesrechtlichen Regelungen, auf das Wirtschaftsrecht beschränkte und da der Gesetzgeber seit 1954 keine solchen Tatbestände mehr geschaffen hat (Jescheck JZ 59, 460). Daß tatsächlich diese Regelungsform der Vergangenheit angehört, bestätigt das OWiG 1968, indem die frühere Regelung für Mischtatbestände, § 1 III OWiG 1952, nicht mehr angeführt ist. Die amtliche Begründung führt dazu aus, daß der Gesetzgeber aus dogmatischen Gründen schon seit dem OWiG 1952 die Schaffung solcher Tatbestände vermieden habe (BTDrS. V, 1269, Einleitung B II 2)

strafrecht ist der Zweck solcher Normen meist klar erkennbar; aber auch bei den meisten Ordnungswidrigkeiten wird das geschützte Rechtsgut deutlich, wenn die Norm im Zusammenhang mit dem ganzen Gesetzesgefüge, dessen Bestandteil sie ist, gesehen wird; dieser Zusammenhang läßt Sinn und Zweck und damit auch die Beziehung zu letzten ethischen Grundwerten in der Regel klar erkennen[91]. Aber selbst wenn ein solcher Zusammenhang nicht erkennbar ist, ist die Norm wegen der vorgenannten Beziehungen zu Grundwerten sozialethisch werthaft[92]. Die Folge der Nichterkennbarkeit ist lediglich, daß dem Täter nur ein minderer Vorwurf gemacht werden kann als bei den Normen, deren Geltung und Bedeutung "jedem Kind" bekannt ist.

Ein solch geringerer Vorwurf ist auch durchaus gerechtfertigt. Die Verletzung solcher "Vorfeldnormen" ist zweifellos nicht so schwerwiegend, wie die unmittelbare Verletzung von sozialethischen Grundwerten. Dementsprechend kann auch einem Täter, der das Verbotensein einer solchen Handlung nicht kannte und nicht kennen konnte, wegen dieser Unkenntnis kein oder kein so erheblicher Vorwurf gemacht werden. Das ist aber nur ein gradmäßiger Unterschied innerhalb des Unrechts[93], der sich in der Strafschwere auswirken kann.

5) Die bisher aufgeführten Gesetzesbeispiele[94] haben gezeigt, daß die Ordnungswidrigkeiten mit der Verwaltungsstrafrechtstheorie nicht zu vereinen sind. Auch in der Literatur wird aus den vorhandenen Ordnungswidrigkeiten die Folgerung gezogen, daß der Gesetzgeber "wahrscheinlich schon im Wirtschaftsstrafgesetz" das "enge Korsett" der Theorie abgestreift und sie in Wahrheit preisgegeben habe[95], da "es eben Zweckmäßigkeitserwägungen, wenn nicht gar Zufälle sind, die da oder dort für die Einreihung maßgeblich sind"[96].

---

91) zust. Kischa S.88; Krümpelmann S.173

92) Die fehlende Erkennbarkeit kann darüber hinaus auch schon deshalb nicht als Unterscheidungskriterium verwendet werden, weil sie unter den Rechtsgenossen, je nach Ausbildung und geistigen Fähigkeiten, viel zu sehr divergiert; a.A. Eser S.174, der auf den "Durchschnittsbürger"(?) abstellt.

93) Jescheck JZ 59, 461

94) eine Übersicht über die vorhandenen Ordnungswidrigkeiten gibt: bis 1953 Patzig DÖV 54, 361 f., 363; bis 1956 Schlegtendahl, Diss., S.106 ff., Patzig DÖV 56, 261 f.; aus neuerer Zeit Patzig DÖV 62, 737 ff., 738 f.; Lexikon des Nebenstrafrechts; Erbs-Kohlhaas, Registerband, unter OWien, Anm.D

95) Lackner, Jur.Jahrb. 1963/64, S.78 f.

96) Spanner, VA 51, 172; Lang-Hinrichsen, Festschrift für Mayer, S.57 ff., 59: "Das Rechtsgebiet der Ordnungswidrigkeiten hat aufgehört, eine ein-

In diesem Sinne erklärt auch die Begründung zum Ordnungswidrigkeitengesetz 1968 [97]: die Ordnungswidrigkeiten seien schon von ihrer Geburtsstunde an (!) nicht auf die Fälle echten "Verwaltungsungehorsams beschränkt gewesen", vielmehr seien "von vornherein abstrakte Gefährdungsdelikte" (S. 29/30), Tatbestände, die dem Schutz von "Leben und Gesundheit dienen" (S. 23), einbezogen worden. Zu den Ordnungswidrigkeiten gehören somit "vielfach" Verstöße, die "keineswegs ethisch farblos" seien; bei diesen handle es sich "nicht um Fehlgriffe des Gesetzgebers", da, unabhängig von den Fragen, ob überhaupt "theoretisch streng geschieden werden könne", die Unterscheidung "vielfach nur nach rein pragmatischen Gesichtspunkten vorgenommen werden kann" (S. 41). "Die These vom ... qualitativen Unterschied ... hat in der Praxis der Gesetzgebung ihre Bedeutung weitgehend verloren"[98]. Nicht nach qualitativen, sondern nach pragmatischen, letztlich rechtspolitischen Gesichtspunkten erfolgt die Unterscheidung[99]; die Theorie hat damit für die Abgrenzung auch de lege late keine Bedeutung.

---

heitliche Materie zu sein"; Zweifel in dieser Hinsicht meldet auch Patzig DÖV 62, 737 ff., 740 an.

97) Amtliche Begründung BT DrS. V, 1269

98) EGOWiG, Amtliche Begründung BT DrS. V, 1319, S. 88 zur Umwandlung der Verkehrsübertretungen in Ordnungswidrigkeiten.

99) vgl. auch BVerfGE 22, 49, 78

2. Abschnitt

DIE RECHTSNATUR DER GELDBUSSE DES OWiG

A. Darstellung:

1) Die Ansicht von Goldschmidt zur Rechtsnatur der Verwaltungsstrafe basiert auf der von ihm vorgenommenen Gegenüberstellung von Justiz und Verwaltung bzw. ihren unterschiedlichen Zwecken, sowie der daraus folgenden Stellung des Einzelnen zur Justiz - als mit Rechten ausgestattetem Individuum (Willensträger) -, bzw. zur Verwaltung - als bloßem Hilfsorgan der wohlfahrtsfördernden Verwaltung.

Von diesem Ausgangspunkt ergeben sich für Goldschmidt die unterschiedlichen Reaktionsmittel bei Zuwiderhandlungen: so für die Justiz die Kriminalstrafe, für die Verwaltung eine "Strafe" besonderer Art[100]. Da der Einzelne als durch den Verwaltungsrechtssatz zum Gehorsam verpflichtete Gliedperson aufgefaßt wird, hat die Reaktion auf Pflichtverletzungen, die Verwaltungsstrafe, daher die Bedeutung, den Gehorsamsanspruch der Verwaltung als solchen aufrecht zu erhalten und die künftige Unterstützung (also nicht auf die Tat selbst bezogen) der Verwaltung herbeizuführen; sie ist als eine Selbsthilfe der Staatsverwaltung[101] Ausfluß der Verwaltungszwangsgewalt, nämlich ein Verwaltungszwang durch Strafe, der neben dem Zwang zur Erfüllung steht ("Erzwingung der Unterstützung durch Strafe")[102]. Da diese "Strafe" eine Reaktion auf Verwaltungsbefehle in Form von Normen und damit eine Rechtsfolge ist, hat Goldschmidt auch anerkannt, daß die Verwaltungsstrafe auch eine "Strafrechtsfolge" darstellt[103]. Es bleibt aber der genetische Unterschied von Rechts- und Verwaltungsnormen[104], weshalb das Verwaltungsstrafrecht nur äußerlich, formell Strafrecht, qualitativ jedoch nur ein "Pseudostrafrecht"[105] und demgemäß auch die Sanktion nur eine "rein formelle Strafe"[106] ist. Als bloßer Verletzung einer Gehorsamspflicht ohne materiellen Rechtsbruch kann der Verwaltungsstrafe nicht die Bedeutung einer Vergeltung zukommen.

---

100) von Goldschmidt eingehend behandelt in IKV 12, 217 ff.
101) Goldschmidt, Verwaltungsstrafrecht, S. 567
102) Goldschmidt a.a.O. S. 550 ff., 556, 558, 559.
103) ZStW 52, 526
104) GA 54, 36
105) DStRZ 1, Sp. 227
106) ZStW 52, 510 ff., 524

Auszugleichen ist nur das Unterlassen der Unterstützung, was für Goldschmidt nichts mit Vergeltung zu tun hat. Als bloßer Pflichtenmahnung fehlen der Verwaltungsstrafe auch fast völlig spezial- oder generalpräventive Gesichtspunkte[107]; sie dient vielmehr lediglich der Durchsetzung des abstrakten, nicht auf eigentliches rechtliches Verhalten gerichteten und deshalb auch des ethischen Überzeugungsinhaltes entbehrenden Gehorsamsanspruches des wohlfahrtsfördernden Staates.

2. Ausgehend von einer weitgehenden Verleugnung des materiellen Unrechtsgehaltes der Ordnungswidrigkeiten, die nurmehr formelles Unrecht, "reinen Ungehorsam", beinhalten sollen[108], bestimmt Eberhard Schmidt die Verwaltungsstrafe, d.h. Buße[109]. Während die kriminelle Schuld einen "Gesinnungsverfall", eine "Rechtsfeindlichkeit"[110] enthält, tritt die Schuld der Ordnungswidrigkeiten in der Fehlerhaftigkeit des Willens auf, der sich auf den Verwaltungsungehorsam richtet, trotz Wissens um den entgegenstehenden Verwaltungsbefehl[111]. Die qualitative Verschiedenheit des Unrechts soll auch der Verschiedenheit der Sanktion entsprechen.

Sie ist weder auf die vorgegangene noch auf die gegenwärtige Handlung gerichtet; sie soll vielmehr bestimmtes künftiges Verhalten (Befolgung von Verwaltungsbefehlen, Gehorsam) herbeiführen. Dieser Erzwingungscharakter ist für Schmidt entscheidend. Daneben zieht er zur Unterscheidung den Gesichtspunkt der Sühne heran. Diese kommt allein der Kriminalstrafe zu, nur sie treffe und erfasse die sittliche Persönlichkeit des Täters, da nur das kriminelle Unrecht einen Verstoß gegen ethische Normen enthalten und nur der kriminelle Täter seine durch das begangene Unrecht verlorene ethische Freiheit durch Sühne wieder zu gewinnen vermag. Demgegenüber fehle der Buße jede Bezie-

---

107) Verwaltungsstrafrecht, S.552/553

108) SJZ 48, 572; NdWiStr. S.28

109) In SJZ 48, 233 ging er allerdings im Anschluß an Wolf noch davon aus, daß die Verwaltungsdelikte nicht bloß einen reinen Ungehorsam, sondern darüber hinaus einen materiellen Schaden bewirken, den er allerdings als einen auf den Bereich der Verwaltung beschränkten typischen "Verwaltungsschaden" ansah. Diesen Gedanken und damit auch die wertheoretischen Grundlagen von Goldschmidt und Wolf hat er jedoch in den folgenden Schriften weitgehend aufgegeben.

110) SJZ 48, 234

111) NdWiStr. S.52

hung zur Sühne[112], da die Ordnungswidrigkeit,als bloßem Verwaltungsungehorsam, eine ethische Persönlichkeitsbeziehung entbehre[113]. Die Buße sei daher beschränkt auf die nackte Zwangseinwirkung, bzw. auf eine Abschreckung; die sittliche Persönlichkeit des Täters gehe sie nichts an[113]. Dem entspricht auch, daß Schmidt der Buße das der Kriminalstrafe eigene "sozialethische Pathos", das gerade die sittliche Persönlichkeit ansprechen soll, völlig abspricht. Sie ist ethisch indifferent, lediglich ein scharfer staatlicher Anruf gegenüber einer Lässigkeit des Angerufenen in bezug auf seinen den Verwaltungsbehörden geschuldeten Gehorsam: Pflichtenmahnung[114]. Von dieser formellen Unrechtsnatur der Buße gehen die heutigen Anhänger der Theorie aus; sie sehen die Kriminalstrafe als ein aliud gegenüber der Buße an: die Buße sei wesensmäßig verschieden von der Kriminalstrafe, sie sei keine Strafe[115].

---

112) NdWiStr. S.45 113) a.a.O. S.52

114) NdWiStr. S.46; SJZ 48, 235; - Diese eth. Neutralität hat E.Schmidt bei der Frage der Sanktion gegen eine juristische Person ausgewertet. Eine Bestrafung derselben verneint er, da eine Strafe nur gegen ein sittl. Individualperson verhängt werden kann. Da aber Ordnungswidrigkeiten nur einen Willensfehler gegenüber einem Verwaltungsbefehl bedeuten und zu einer Willensbildung auch ein Personenverband in der Lage ist, zudem die Geldbuße die sittliche Persönlichkeit gar nicht berühren kann, kann nach seiner Ansicht eine solche Sanktion auch gegen eine jur. Person verhängt werden (Niederschriften Bd.I, 317; NdWiStr. S.51)

115) Wie E.Schmidt folgern die Anhänger der Theorie die Rechtsnatur der Geldbuße aus dem Unrecht der Ordnungswidrigkeiten. Danach ist die Buße eine ethisch neutrale Unrechtsfolge, die keine sozialethisch diskriminierende Folgewirkung hat: Heinitz, Strafbarkeit jur. Personen, S.75, 86; Henkel 1., S.86, wohl auch 2., S.74; Jagusch, LK, A IV vor § 13; Kohlhaas, OWiG, Vorb.6; R.Lange, JZ 57, 233 ff., insbes. 237 f.; Maunz-Dürig, Art.103 Rdnr.114; Maurach AT, S.15; Michels S.57 f.; Niese ZStW 70,353; Noll S.19; Rotberg S.27 f.; Salzmann S.86; Schönke-Schröder Rdnr.11 vor § 13; Wimmer NJW 60, 1545; BVerfGE 9,171; 22, 79; BayObLGSt 4, 16, 18; 12, 208, 210; OLGe Celle NJW 65, 2215 f., Köln NJW 61, 422.
Gleichfalls wird der Geldbuße fast einhellig der Sühnecharakter abgesprochen: Jagusch, Michels, Niese, Rotberg, Salzmann, Wimmer, jeweils a.a.O.; Gerner-Winckler, § 4,4; Kohlhaas OWiG, Vorb.6; Patzig OWiG Einf. IV, 2a, § 6 Anm.1; Sommer S.40 f.; Stoecker MDR 52, 385, ders., OWiG, Vorb.II; BayObLGSt 5,18; OLG Karlsruhe NJW 55,1200.-

B) Kritik:

1) Die Frage, ob es sich bei der Geldbuße um eine Strafe handelt oder nicht, läßt sich nicht alleine von dem äußeren Erscheinungsbild her beurteilen. Denn dieses, die Übelzufügung, finden wir auch bei anderen staatlichen Reaktionen, die aber nicht als Strafe bezeichnet werden; so z.B. bei dem Zwangsgeld. Es muß daher für diese Frage die "Idee der Strafe"[116] aufgezeigt werden, d.h. die Aufgabe der Strafe innerhalb unserer Gemeinschaftsordnung.

Innerhalb der Gemeinschaft dient die Strafe der Aufrechterhaltung und Durchsetzung der Rechtsordnung. "Durch nachträgliche Behauptung der Maß-

---

Die Geldbuße verfolge zwar auch spezial-(general-)präventive Aufgaben, sie habe jedoch keine Resozialisierung oder sozialethische Besserung zum Ziele: Rotberg, Wimmer, Kohlhaas, Jagusch, R. Lange, jeweils a.a.O. Sie solle vielmehr lediglich einem Gebot oder Verbot der Verwaltung Achtung verschaffen, den Täter an seine Pflichten erinnern und für die zukünftige Befolgung der Verwaltungsbefehle sorgen. Auf Grund dieser Kriterien wird von vielen Vertretern der Theorie auf die mehr oder minder große Ähnlichkeit der Geldbuße mit dem Verwaltungszwang hingewiesen, wenn sie auch von diesem immer noch verschieden sei: Rotberg, Salzmann, Maurach a.a.O.; Stoecker, OWiG, Vorb. II; Jagusch, LK, Vorb. A IV, 1 vor § 13; Kleinknecht-Müller, Einl., 4c; Merk, S.1003, 1007;
Im übrigen wird aus den dargelegten Ansichten oder der Entscheidung des Gesetzgebers, die man in der Gegenüberstellung von Strafe und Buße sieht, gefolgert, daß die Buße keine Strafe sei; Rotberg, Wimmer, Mittelbach, Stoecker, Salzmann, Jagusch, Niese a.a.O.; Bockelmann, k+v 66, 289 ff.; OLG Celle, MDR 60, 697 f., Karlsruhe, NJW 55, 1200, Köln NJW 65, 1496, 1497, Hamburg MDR 64, 73 - oder doch wesensverschieden von der kriminal- oder echten Strafe i.S. des StGB sei: Mezger-Blei AT S.5; Michels S.33; Peters, Strafprozeß, S.31
Trotz Ablehnung eines qualitativen Unrechtsunterschiedes wird teilweise die Geldbuße als ethisch wertneutrale Straffolge bezeichnet; Sax, Grundrechte 927 f.; Eser S.105 ff., 144 f.; ähnlich wohl auch Hamann, Strafgesetzgebung S.26 f. und Lackner, Jur.Jahrb. 63/64, S.79 f.

116) Schmidhäuser, Sinn der Strafe, S.33; nicht ist damit gemeint eine Erörterung der Theorien über den Strafzweck.

geblichkeit der Rechtsnormen für die Ordnung des Mitseins in den einzelnen Fällen wird jeweils der Geltungsschaden der Rechtsordnung, der durch den in der geschehenen Tat liegenden Rechtsverstoß bedingt ist, ausgeglichen und die tatsächlich beeinträchtigte Rechtsgeltung der Idee nach ... wiederhergestellt"[117]; dadurch wird für die Gemeinschaft die Allgemeingültigkeit und Verbindlichkeit der geltenden Rechtsordnung deutlich gemacht werden. Diese Wiederherstellung erfolgt nicht dadurch, daß die Handlung, welche die Rechtsordnung vom Täter verlangt und fordert, und welche dieser unterlassen hat, nachträglich vorgenommen wird, wie es etwa Ziel des Verwaltungszwanges ist; sie erfolgt vielmehr dadurch, daß die in der Tat liegende Verneinung der Rechtsordnung durch ein "Gegengewicht", durch zusätzliche Pflichten oder Opfer, beseitigt wird. Dieses "Opfer" soll die Überlegenheit der Rechtsordnung über den entgegengesetzten Willen des Täters manifestieren und zugleich den entstandenen "Geltungsschaden" wieder ausgleichen, die in der Tat liegende Geltungsanmaßung aus dem Bereich des Geltens für das Verhalten im sozialen Leben tilgen. Das in der Tat liegende Geltungsbegehren wird äußerlich für die Rechtsgemeinschaft aufgehoben durch ein die Anerkennung bezeugendes Sonderopfer des Täters[118]: rechtliche Vergeltung als Sichtbarmachung der Geltung der Rechtsordnung. Zugleich enthält dieses Opfer, d.h. die Strafe, den Vorwurf, daß der Täter in die Rechtsordnung eingebrochen ist; sie spricht deshalb über den verantwortlichen Täter Tadel und Mißbilligung aus. Sowohl die Mißbilligung, Materialisierung des Vorwurfs, wie auch die Vergeltung, die den Rechtsbruch ausgleichende Rechtsbewahrung, dienen lediglich der Behauptung und Festigung der Rechtsordnung in der Gemeinschaft. Die Wiederherstellung der verletzten Rechtsordnung für den Täter selbst kann nur durch Anerkennung und Bejahung der Strafe als gerecht und sittlich notwendig durch "Sühne" erfolgen. Dieser "autonome sittliche Akt"[119] entzieht sich aber jeder staatlichen Einwirkung, er kann vielmehr nur "erhofft"[120] werden.

2) a) Diese Funktion erfüllt aber in gleicher Weise auch die Geldbuße. Bei dem ihr zugrundeliegenden Unrecht handelt es sich um Teile der geltenden Rechtsordnung. Der durch die Tat erfolgte Einbruch in sie wird der Idee

---

117) Mattes S.781, vgl. zum Folgenden S.780 ff.

118) das nach Sauer (GS 97, 27 ff.) eine die Pflichtenverfehlung ausgleichende "Pflichtensteigerung" enthält.

119) E.Schmidt, Strafzwecke, S.12

120) NdWiStr. S.45

nach durch die Buße als äußerliches Äquivalent des Unrechtsausgleiches wieder ausgeglichen und so die Überlegenheit der Rechtsordnung gegenüber der Geltungsanmaßung der Tat wieder hergestellt[121]. Die Geldbuße bedeutet daher wie die Kriminalstrafe die Behauptung der Rechtsordnung als maßgeblich, die Vergeltung der Geltungsanmaßung der Tat durch ein äquivalentes Sonderopfer, sowie den Ausspruch einer Mißbilligung des Rechtsbruches über den Täter[122]. Die Geldbuße ist daher gleichfalls eine Strafe.

b) Von diesem Zusammenhang zwischen Geldbuße und Unrechtshandlung geht auch der Gesetzgeber des OWiG 1952 aus. In § 1 setzt er die Sanktion in Beziehung zur Tat: die Handlung wird bedroht, "geahndet", § 9 I; die Geldbuße wird wegen der schuldhaft rechtswidrigen Tatbestandsverwirklichung verhängt (§§ 11, 12) und wird in Art und Höhe durch die Tat bestimmt, zum Unrechtsausgleich und Tadel. Dieser Zusammenhang wird auch in weitem Umfang in der Literatur, auch von den Vertretern der Verwaltungsstrafrechtstheorie bejaht; sie sprechen von ihrem Standpunkt allerdings völlig inkonsequent von der "Unrechtsahndung", der "Repulsion" oder der "Vergeltung"[123]. Damit wird aber auch anerkannt, daß die Geldbuße wie die Strafe ein Übel ist, das wegen und zum Ausgleich einer begangenen Tat verhängt wird.

Die Charakterisierung der Geldbuße als "Pflichtenmahnung" oder "Verwaltungszwangsmaßnahme"[124] versucht zu Unrecht, die Geldbuße neben den herkömmlichen Verwaltungszwang zu stellen. Die Beschränkung der Geldbuße auf

---

121) Die von Goldschmidt vorgenommene Unterscheidung nach dem konkreten Schaden einer Person oder Sache ist danach nicht haltbar. Ausgeglichen, auch durch die Kriminalstrafe, wird die in der Tat liegende Durchbrechung der Maßgeblichkeit der Rechtsordnung. Darin allein liegt der "Geltungsschaden", nicht in einem realen Schaden. Im übrigen könnte auch die Ansicht von Goldschmidt weder Versuchs- noch Gefährdungshandlungen in das Kriminalstrafrecht einreihen. (So Mattes S. 79 ff.; Eser S. 97 f. mit dem Hinweis, daß dann z. B. Staatsschutzdelikte keine Kriminaldelikte wären; zust. Bolenius S. 24.)

122) Auch Mittelbach DÖV 57, 254 hebt hervor, daß, wie die Kriminalstrafe so auch die Geldbuße dartun solle, "daß die ... Vorschriften sich behaupten. Erst damit erscheint diese Ordnung ... gewahrt".

123) Rotberg S. 29; Mittelbach DÖV 57, 254; Michels S. 33; Salzmann S. 87; BGHSt 15, 47, 49, 50; OLGe Hbg. GA 57, 181, Köln MDR 60, 426, 427

124) E. Schmidt, NdWiStr. S. 45 f.; Rotberg S. 27

die "nackte Zwangseinwirkung" auf den Täter, ohne auf dessen sittliche Persönlichkeit einzuwirken, hat zur Voraussetzung, daß diese nur dort stattfindet, wo dem Täter keine Verletzung sozialwidriger Pflichten vorgeworfen wird; wo aber eine solche Pflichtverletzung erfolgt ist, bedarf es zur Wiedergewinnung der "durch ein begangenes Unrecht verlorenen ethischen Freiheit"[125] eines sittlichen Aktes und nicht bloß des Zwanges. Diese Ansicht ist somit von dem Charakter der Ordnungswidrigkeit als ethisch neutralem Unrecht abhängig und entfällt mit dem oben angeführten Nachweis[126].

Darüber hinaus fehlt aber schon deshalb eine Gemeinsamkeit von Geldbuße und Zwang, weil die Buße an dem Geschehenen nichts mehr ändert[127], zu "erzwingen" wäre somit lediglich der künftige "Gehorsam" gegenüber der Rechtsordnung. Darin liegt jedoch lediglich ein spezial-präventiver Gedanke, der in gleicher Weise auch für die Kriminalstrafe zutrifft. Die einseitige, besonders starke Betonung dieses Momentes für die Geldbuße[128] rechtfertigt nicht ihre Sondernatur, da damit noch nicht geklärt ist, wie das Verhältnis von Ordnungswidrigkeiten und Geldbuße ist und wonach Art und Höhe der Geldbuße bestimmt werden; auch würde für eine "Pflichtenmahnung" eine gleichbleibende Höhe der Sanktion genügen oder wenn schon eine Abstufung, eine solche nach der "Ermahnungsbedürftigkeit" des Täters[129].

Insoweit wird aber auch und gerade von den Vertretern der aliud-Theorie inkonsequenter Weise erklärt, daß bei der Zumessung der Geldbuße die Grundsätze der Kriminalstrafzumessung sinngemäß zu verwerten seien[130], daß die Geldbuße daher der objektiven Tatschwere und ihrer Bedeutung für die verletzte Rechtsordnung sowie dem Grad der persönlichen Schuld entsprechen müsse[131]. Das Gesetz knüpft, wie sich aus dem schon erwähnten § 1 OWiG 52 ergibt, an die begangene Tat als Hauptbestimmungsmaßstab für die Geld-

---

125) E. Schmidt a. a. O.

126) so auch Mattes S. 768 ff.

127) Mittelbach DÖV 57, 254

128) die ihren Grund darin hat, daß man das materielle Unrecht zu sehr unter dem Gesichtspunkt einer konkreten Schädigung sieht (s. o. 3 d, bb), ohne die es scheinbar keinen auszugleichenden Rechtsbruch gibt.

129) so konsequent Wimmer NJW 60, 1546: Voraussetzung für die Geldbuße ist nicht die schuldhafte Tatbegehung, sondern die künftige Vermeidbarkeit; vgl. auch Eser S. 106

130) Mittelbach a. a. O., anders DRiZ 55, 187

131) Patzig OWiG § 6, 4; Mittelbach a. a. O. S. 253; Schäfer Dalcke-F., OWiG, Vorb. 10 a

buße an[132]; ebenso § 11, denn "es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die Ordnungswidrigkeiten von der Seite ... der Schuldbelastung her eine unterschiedliche Bewertung erfahren" und daß der Grad der persönlichen Schuld "wie bei der Kriminalstrafe beachtet werden" muß[133]. Darüber hinaus ergibt sich aus § 6, daß typisch strafrechtliche, spezial-präventive Gesichtspunkte (vergleiche § 27 c II III StGB) bei der Zumessung maßgebend sind: durch Vorteilsentziehung soll der Reiz einer Wiederholung verringert werden und zugleich der Täter abgeschreckt werden[134]. Eine solche Spezial-Prävention wird der Geldbuße ganz allgemein von der aliud-Theorie zugestanden; trotz eines Artunterschiedes wird eingeräumt, daß die "Pflichtenmahnung" nur bedeuten könne, daß auf den Täter für die Zukunft erzieherisch eingewirkt werden soll[135]. Gleichfalls bestimmend für die Geldbuße sind, worauf schon Eberhard Schmidt hinweist, general-präventive Gesichtspunkte[136].

Auch die wirtschaftlichen Verhältnisse, § 27, c I StGB, sind nach herrschender Meinung bei der Zumessung der Geldbuße zu berücksichtigen. Im OWiG findet sich zwar eine dieser Regelung entsprechende Norm nicht. Wie sich aus den Beratungen des mit der Gesetzesvorlage befaßten Bundestagsausschusses ergibt[137], ist eine solche Regelung nur deshalb nicht aufgenommen worden, weil die Massenhaftigkeit und Typik zahlreicher Verstöße im Bereiche des OWiG eine Vereinfachung der Bußgeldzumessung (Taxbildung) verlange. Deshalb sollte nur der sachliche Umfang der Tat und der den Täter treffende Schuldvorwurf maßgebend sein, nicht aber persönliche Umstände. Wie aber Rotberg zurecht ausführt, ist die Anpassung von Geldsanktionen an die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit "ein gleichsam übergesetzlicher Grundsatz allgemeiner Gerechtigkeit"[138]; im übrigen entspricht das auch dem Zweck der Geldbuße, weil nur so, durch ein spürbares Übel, die erstrebte Abschreckungswirkung erreicht werden kann. Daß in den Bereichen der Massendelikte weit-

---

132) Kischa S.166

133) Mittelbach a.a.O. S.254

134) Patzig, OWiG, § 6,2; Rotberg § 6, Rdnr.2; Mittelbach a.a.O., S.253

135) Mittelbach a.a.O., S.254 mit Verweis auf Groß MDR 49,533; Patzig OWiG, § 6,1; ähnlich Sommer S.40 f. Soweit erzieherische, resozialisierende Gesichtspunkte abgelehnt werden, beruht das auf der Ansicht von der sozialethischen Neutralität der Ordnungswidrigkeiten (Schmidt, NdWiStr.45,46; Rotberg S.27,28)

136) Schäfer, Dalcke-F. OWiG § 6 Anm.1

137) Rotberg, § 6 Rdnr.4

138) § 6 Rdnr.6, Fußn.7 m.w.N.

gehend eine solche Individualisierung entfällt, ändert daran nichts, da der Grundsatz bestehen bleibt und das Ordnungswidrigkeitenrecht auch hohe Geldbußen kennt (Kartellrecht). Diese Individualisierung, die zwangsläufig zu höchst unterschiedlichen Geldbußen, nach § 39 GWB sogar bis zu DM 50 000.--, führen kann, zeigt aber auch, daß die Geldbuße nicht mehr als bloße "Pflichtenmahnung" i.S. d. Theorie verstanden werden kann, sondern nur als Pflichtensteigerung im Sinne einer Strafe[139].

Auch die Ablehnung der "Sühne" als Kennzeichen der Geldbuße beruht auf der qualitativen Unrechtsverschiedenheit[140], so daß, nachdem sich diese Ansicht als unrichtig erwiesen hat, d i e s e Unterscheidung nicht möglich ist, d.h. die Buße ist ebenso(-wenig) Sühne wie die Kriminalstrafe[141]. In diesem Zusammenhang ist allerdings darauf hinzuweisen,[142] daß vielfach Sühne und Vergeltung[143] gleichgestellt werden[144], mit der Folge, daß dann von den Literaturvertretern, die die Geldbuße als Strafe ansehen, dieser eine Sühnefunktion zugestanden wird. Sühne im "echten" Sinne ist aber etwas ganz anderes und viel mehr als nur Vergeltung. Sie ist auch nicht lediglich die Kehrseite der Vergeltung, in dem das, was von der Gesellschaft aus als Vergeltung erscheint, vom Täter aus eo ipso Sühne wäre[145]. Als sittliche Versöhnung des Verbrechers mit sich und mit der Rechtsgemeinschaft findet sie dort statt, wo freiwillig eine Leistung erbracht wird, die auch die Gesellschaft als Tilgung der Schuld anerkennt[146]. Da sie (somit) "ein autonomer sittlicher Akt"[147] ist, ist sie nicht automatisch mit jeder Strafe verbunden und entzieht sich ihr Stattfinden jeder Feststellung; sie kann letztlich nur "erhofft"[148] werden. Als eine solche, nicht nachprüfbare, bloß mögliche Reaktion des Betroffenen[149] ist sie damit aber gänzlich ungeeignet, eine Abgrenzung zwischen

---

139) Eser S.106; Bedenken auch bei Sommer S.40

140) Schmidt NdWiStr. S.45; Rotberg S.27; Kohlhaas OWiG, Vorb. I, 6; Patzig, OWiG, § 6 Rdnr.1

141) Mattes S.803

142) ein näheres Eingehen ist im Rahmen dieser Arbeit nicht möglich; vgl. zu dieser Frage etwa Lit.Nachweise bei Noll S.8

143) zur strafrechtlichen Literatur vgl. LK, 8., I und II vor § 13

144) Kischa S.101: "Sühne bedeutet im Strafrecht Vergeltung"; Patzig OWiG, § 6 Anm.1; Mittelbach a.a.O., S.254, Schoreit, GA 67, 232.

145) dagegen auch Nowakowski, Rittler-Festschrift, S.62

146) Noll S.8

147) Schmidt, Strafzwecke, S.12

148) Schmidt, NdWiStr. S.45; Zipf S.52 Fußn.31

149) Schoreit GA 67, 233; E.Schmidt a.a.O.

Geldbuße und Kriminalstrafe zu ermöglichen.

Nach allem erfolgt die Bußgeldverhängung nicht nach verwaltungsrechtlichen Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten; sie ist vielmehr auf gerechte Ahndung einer begangenen, schuldhaft verübten Tat angelegt[150], was gerade ein Kennzeichen der Kriminalstrafe ist[151] und unterscheidet sich in der Zumessung "nicht wesentlich"[152] von der Krminalstrafe[153]. Eine Bestätigung für die Strafnatur kann schließlich auch daraus entnommen werden, daß der Gesetzgeber die Zuständigkeit der Strafgerichte für die Überprüfung der Bußgeldbescheide mit der strafrechtlichen Materie der Ordnungswidrigkeiten, die den Verwaltungsgerichten fremd sei, begründet hat[154].

c) Am Rande sei hier noch auf eine Regelung aus dem OWiG hingewiesen, die gleichfalls für die Strafnatur der Geldbuße spricht: §§ 4, 61 und 65 OWiG 1952, die wegen derselben Handlung eine Kumulation von Strafe und Geldbuße verbieten. Diese Regelungen, die das Verbot mehrfacher Ahndung enthalten, entsprechen inhaltlich Art. 103 III GG: niemand darf wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden[155].

Aus der Entstehungsgeschichte dieses Artikels ergibt sich allerdings, daß als Gegensatz zu den allgemeinen Strafgesetzen nicht etwa die Sonderstrafgesetze, sondern ausdrücklich z. B. die Dienst-, Ordnungs-, Polizeistrafgesetze bezeichnet wurden[156]. Es ist heute aber herrschende Meinung, daß Art. 103 III GG lediglich die verfassungsrechtliche Positivierung eines allgemeinen rechtsstaatlichen Rechtsgrundsatzes bedeutet[157], der besagt, daß die gleiche Handlung in keinem Falle mit "zwei Strafen des gleichen Rechtssystems" belegt werden darf[158]. Art. 103 III GG gilt daher, trotz seiner Fassung, nicht nur im Bereich des allgemeinen Strafrechts, sondern auch, zumindest analog, im Ordnungsstrafrecht[159].

---

150) Mattes S. 796; Kischa S. 168; Eser S. 106 f.

151) Mezger-Blei, 12., S. 320; Jagusch, LK, Vorb. A I vor § 13

152) Mittelbach DÖV 57, 255; zust. Eser S. 227 f.

153) Kischa S. 99 ff., 167

154) BT DrS. I, 2100, S. 14

155) Die Durchbrechung der Rechtskraft gem. § 65 II 1 OWiG steht dem nicht entgegen; sie entspricht der Wirkung eines Strafbefehls, BVerfGE 21, 378, 388

156) JöR 1, 741 ff.

157) z. B. OVG Koblenz AS 1, 132

158) OVG Koblenz a. a. O.; Holtkotten, BK, Art. 104, Erl. 4 b α

159) OVG Münster AS 6, 184; Hamann, Kommentar, 2, Art. 103, Erl. B 5; ebenso für das Disziplinarrecht Maunz-Dürig Art. 103 III Rdnr. 129

Ungeachtet der Verwaltungsstrafrechtstheorie, wonach es sich bei der Geldbuße nicht um eine Strafe, sondern um ein "aliud" handle, das Ordnungswidrigkeitenrecht darüber hinaus einem anderen "Rechtssystem", dem Verwaltungsrecht, angehöre, wird in der Literatur auch von den Anhängern der Theorie diese obige Regelung damit begründet, daß eine mehrfache Aburteilung dem Sinne der verfassungsrechtlichen Verbote aus Art. 103 III GG widersprechen würde[160]. Ein solcher Widerspruch kann aber logischerweise nur dann vorliegen, wenn man beides, Kriminalstrafe und Geldbuße, als Strafe ansieht[161]. Einer solchen Folgerung aus der gesetzlichen Regelung könnte allerdings entgegengehalten werden, daß es dem Gesetzgeber unbenommen bleibt, auch dann, wenn es sich nicht um Strafen handelt, eine wiederholte Verhängung der gleichen oder eine doppelte Verhängung verschiedener Sanktionen überhaupt zu verbieten. Daß es sich aber tatsächlich bei dieser Regelung um eine Bestätigung des Rechtsstaatsgrundsatzes des "ne bis in idem" handelt, zeigt die amtliche Begründung zum Ordnungswidrigkeiten-Gesetz 1968; dort wird ausgeführt, daß dieses Vorschrift (jetzt § 73) als überflüssig erscheinen könne, nachdem das Verbot der wiederholten Strafverfolgung Verfassungsrang erhalten habe, daß aber eine ausdrückliche Regelung deswegen notwendig sei, weil die "Wirkung der Rechtskraft" von der bisherigen Vorschrift abweiche. Die eingeschränkte Rechtskraftwirkung des Bußgeldbescheides der Verwaltung und des Gerichts "entspricht den für das Strafbefehlsverfahren entwickelten Grundsätzen, die das Bundesverfassungsgericht gebilligt hat"[162]. Damit wird als rechtliche Begründung für diese Regelung der Grundsatz des Artikels 103 III GG herangezogen, was nur berechtigt ist, wenn es sich bei der Geldbuße tatsächlich um eine Strafe handelt.

b) Diese Gleichartigkeit von Geldbuße und Kriminalstrafe ergibt sich aber auch im übrigen aus dem OWiG 1968. So spricht es grundsätzlich von "Ahndung" der Ordnungswidrigkeit (z.B. §§ 1 I, 5, 6, 8 II 9 u.a.). Nach § 1 I ahndet die Geldbuße eine rechtswidrige und vorwerfbare Handlung; im Gegensatz zum OWiG 1952 enthält das neue Gesetz ausdrücklich Zumessungsregelungen, die über die bisher vorhandenen hinausgehen (§§ 5, 6 a.F. entsprechend § 13 I, IV n.F.): § 13 III: "Grundlage für die Zumessung der Geld-

---

160) Rotberg § 4 Rdnr. 3 a; R. Lorenz DVBl. 61, 544 ff., 545; Bolenius S. 95; Kischa S. 102; Bettermann, Strafgewalt, S. 300; Maurach AT S. 14: "exklusives Vikariierungsverhältnis"; BayObLGSt. 55, 35

161) Bettermann a.a.O.

162) BT DrS. V, 1269, S. 109

buße sind die Bedeutung der Ordnungswidrigkeit und der Vorwurf, der den Täter trifft. Auch die wirtschaftlichen Verhältnisse kommen in Betracht." Wie sich dazu aus der amtlichen Begründung ergibt, "kann der Gesetzgeber nicht umhin (!), auch die Ordnungswidrigkeiten nach typisch strafrechtlichen Kategorien zu behandeln". Die Geldbuße ist ebenso wie die Kriminalstrafe eine repressive Unrechtsfolge und unterliegt denselben Voraussetzungen (S. 42). In diesem Sinne einer strafähnlichen Sanktion werden deshalb auch das Maß der Geldbuße durch den Umfang der Tat und das vorwerfbare Verhalten (S. 51) bestimmt. Daraus könne sich ergeben, daß der Täter "zur Abschreckung eine empfindliche Vermögenseinbuße verdient", so daß die Geldbuße unter Berücksichtigung seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit festgesetzt werden muß (S. 52). Damit ist die Geldbuße eine gerechte Ahndung, die dem persönlichen Schuldvorwurf entsprechen muß, damit letztlich eine repressive Sanktion, eine Strafe.

Zum Schluß ist noch auf ein Moment hinzuweisen, das von den Vertretern der aliud-Theorie als maßgebliches Unterscheidungskriterium angeführt wird[163]. Die sozialethische Mißbilligung oder Diffamierung, die der Kriminalstrafe eigen sei, und der Geldbuße fehle. Soweit dieses Merkmal aus der Unrechtsnatur gefolgert wird, entfällt diese Begründung mit dem oben erbrachten Nachweis. Von den Gegnern dieser Meinung wird demgegenüber erklärt, daß logischerweise dem sozialethischen Unrecht auch die sozialethische Mißbilligung entsprechen müsse[164]. Dieser Schluß ist jedoch nicht zwingend; denn auch wenn zwischen Ordnungswidrigkeit und Kriminalunrecht kein qualitativer Unterschied besteht, können die verhängten Sanktionen zwar in beiden Fällen Strafen sein, sich aber dennoch in ihrem Inhalt und ihrer Wirkung unterscheiden. Darauf soll jedoch weiter unten (s. § 6, 6) eingegangen werden.

---

163) s. Literaturmeinungen, Fußn. 115

164) Kischa S. 99; Mattes S. 788: Die Strafe enthält die der Tat entsprechende sozialethische Mißbilligung.

3. Abschnitt

BUSSGELDBESCHEID: VERWALTUNG ODER RECHTSPRECHUNG

A. Darstellung

Für die heute herrschende Meinung ergibt sich im Anschluß an die Verwaltungsstrafrechtstheorie, wie sie durch E. Schmidt ihre Auslegung gefunden hat, die Kompetenz zur Verhängung der Geldbuße fast automatisch. Sie ist eine Folge aus dem Charakter des Unrechts bzw. der Sanktion; da es sich für diese Ansicht bei den Ordnungswidrigkeiten lediglich um Verwaltungswidrigkeiten, Verstöße gegen Verwaltungsbefehle und -interessen handelt, reagiert darauf die Verwaltung mit einem ureigenen Zuchtmittel. Demgemäß ist die Geldbußverhängung eine reine Verwaltungstätigkeit und zwar nicht nur formell, sondern auch materiell ein Akt der Verwaltung und nicht der Rechtsprechung, ein Verwaltungsakt[165]. Diese Bußgeldkompetenz der Verwaltung, die von Eberhard Schmidt besonders hervorgehoben wird, bedeutet für ihn letztlich die Verwirklichung des Rechtsstaates (S. 9). Mit dem Ziel, das Wirtschaftsstrafrecht von allen totalitären und machtstaatlichen Entartungserscheinungen "zu befreien", sollen die Funktionsbereiche von Justiz und Verwaltung klar und eindeutig geschieden werden(S. 9). Eine solche Trennung ist für ihn möglich mittels der oben dargestellten Gegenüberstellung von Verwaltungsgütern einerseits und Rechtsgütern andererseits und den entsprechenden Staatsfunktionen. Durch diese Trennung wird die Justiz von justizfremden, nämlich Verwaltungsangelegenheiten befreit (S. 56) und, unter Rückkehr zum Prinzip der Gewaltenteilung, der Verwaltung ihre "ureigene Aufgabe" (S. 58) wiedergegeben. Die Geldbußverhängung ist für Eberhard Schmidt eine reine Verwaltungsangelegenheit[166].

---

165) Schmidt, NdWiStr. S. 68, 74 (auf diese Schrift beziehen sich die folgenden Seitenangaben); Rotberg S. 29; Schäfer in Dalcke-F., OWiG, vor § 54; Wimmer NJW 60, 1545 ff.; Niese ZStW 70, 342; Patzig, OWiG Einf. VII, 1, ders., VA 59, 370, ders., DVBl. 67, 353 f.; K. Peters, S. 31, ähnlich in: Stimmen der Zeit, S. 15; H. Mittelbach, DÖV 57, 251; Goßrau NJW 58, 929 ff., 931 f.; Salzmann S. 86; Schäfer in Löwe-R., Einl. S. 54 f. (zweifelnd S. 24); H. J. Wolff III., § 159 III, 2; Müller-Sax, Einl. 4c, 6b; Habscheid MDR 66, 2; BVerfGE 8, 197; BGHSt 18, 352, 353; OLGe Hbg NJW 59, 1096 (Verwaltungsakt), Celle NJW 60, 880 f., Karlsruhe NJW 55, 1200

166) SJZ 48, 227; vgl. auch Rotberg S. 29; Groß MDR 49, 533 f.; Drost DRZ 49, 408: "Meilensteine auf dem Weg zu einem wirklichen Rechtsstaat";

In der Literatur wird verschiedentlich diese Bußgeldkompetenz der Verwaltung auch oder ausschließlich mit dem Begriff der Rechtsstaatlichkeit begründet. Es wird erklärt, daß es mehr eine Frage der Zweckmäßigkeit sei, ob die Geldbuße von der Verwaltung oder von den Gerichten verhängt wird. "Von rechtsstaatlichen Gesichtspunkten her (Trennung der Gewalten) ist gegen ein derartiges "Verwaltungsvorverfahren" solange nichts einzuwenden, als es durch den Willen des Betroffenen in ein Strafverfahren vor den ordentlichen Gerichten übergeleitet werden kann ..."[167].

B. Kritik

1) Ganz eindeutig auf der Linie der Verwaltungsstrafrechtstheorie geht das OWiG 1952, ebenso wie das WiStG von der Bußgeldkompetenz der Verwaltung, als einer typischen Verwaltungstätigkeit aus; das bestätigen die amtlichen Begründungen der Gesetze[168]. Dieses "Dogma des Ordnungswidrigkeitenrechts", die Bußgeldkompetenz der Verwaltung[169], erfuhr seine erste Erschütterung durch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung vom 27.7.1957 (BGBl. I, 1081). Während die Regierungsvorlage[170] noch ganz im Sinne des Ordnungswidrigkeitengesetzes die Bußgeldkompetenz in die Hand der Verwaltung legte, übertrug das Gesetz die Entscheidung über die Festsetzung der Geldbuße auf das Oberlandesgericht, § 81, und beließ den Kartellbehörden nur ein Antragsrecht. Dieses besondere Verfahren, das sich ganz allgemein nicht nach dem OWiG, sondern nach der Strafprozeßordnung richten sollte, § 82, wurde vom Wirtschaftsausschuß angeregt und entwickelt, "weil wegen der Bedeutung der Bußgeldentscheidung und der Sicherheit der Belange des

---

Mittelbach MDR 59, 618

167) Michels S.35 (für den die Geldbuße grundsätzlich auch Strafe ist) unter Berufung auf Jagusch LK, Vorb.A IV 1 vor § 13; Bolenius S.25, 90; Goßrau NJW 58, 931 f.; Schäfer in Dalcke-F., OWiG, Vorb.5, ders. in Löwe-R., Einl. S.24; H.Mittelbach MDR 59, 618: "Der Gedanke der Rechtsstaatlichkeit ist der allein maßgebliche Gesichtspunkt, wenn es darum geht, den Umfang der rechtsprechenden Gewalt zu bestimmen. Mit ... (§ 55 OWiG) ist den rechtsstaatlichen Belangen voll Rechnung getragen."

168) BT DrS. I, 2100, S.14 f.; BT DrS. I, 845

169) Michels S. 36

170) BT DrS. II, 1158

Betroffenen, das OWiG den Kartellbehörden zu einschneidende Befugnisse einräumen würde" und weil Bedenken im Hinblick auf die Gewaltenteilung und den Rechtsstaatsgrundsatz bestünden[171]. Die Reaktion auf diese gesetzliche Regelung in der Literatur reichte von der Erklärung, dadurch sei das Verfahren des OWiG geradezu auf den Kopf gestellt[172], bis zu der Äußerung, daß mit diesem Gesetz die allgemeine Rückführung aller staatlichen Übelzuführung als Sanktion in die richterliche Zuständigkeit beginne[173].

Durch Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkung vom 15.9.1965 (BGBl. I, 1363) wurde diese Entwicklung rückgängig gemacht und die Festsetzung der Buße den Kartellbehörden übertragen, § 81[174]. Maßgebend waren Zweckmäßigkeitserwägungen[175], dogmatische Gründe im Sinne der Verwaltungsstrafrechtstheorie spielten keine Rolle.

Ganz in diesem Sinne geht auch das OWiG 1968 n i c h t von der Bußgeldkompetenz der Verwaltung als einer unabänderlich notwendigen Folge der Umwandlung von Kriminalstraftaten in Ordnungswidrigkeiten aus. Die amtliche Begründung läßt das klar erkennen[176]; zwar wird für das OWiG 1952 noch vorsichtig formuliert, "die verfahrensrechtliche Regelung läßt (!) sich auf den Grundgedanken zurückführen, daß zwischen dem Ordnungsunrecht und dem Kriminalunrecht ein wesensmäßiger Unterschied besteht, der dazu zwingt, nicht nur in der Art der Sanktion zu unterscheiden, sondern auch streng getrennte Zuständigkeiten ... zu bestimmen" (S.23). Die Ahndung erfolge durch einen Bußgeldbescheid "nach Art (!) eines Verwaltungsaktes" (S.23), durch das

---

171) Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik, zu BT DrS. II, 3644, S.37

172) Goßrau NJW 58, 929; Mittelbach MDR 59, 618: es sei dadurch wieder verbannt, was man als Inkarnation der Rechtsstaatlichkeit angebetet habe; Rotberg S.193: Ausnahme, die der Besonderheit der Materie Rechnung trägt, an der rechtlichen Beurteilung des OWiG nichts ändert.

173) Dünnebier JZ 58, 552; Jescheck JZ 59, 462: Das Gesetz hat die Abweichung vom OWiG noch nicht weit genug getrieben

174) Die Änderung wurde erst in der 2. und 3. Lesung durch einen SPD-Antrag (BT DrS. IV, 2337) eingeführt, weshalb keine amtliche Begründung vorliegt. Als einzige Äußerung liegt die mündliche Begründung der Vorlage durch den Abg. Reischl (BT DrS. IV, 9652) vor; danach sollte lediglich eine "Anpassung" an das OWiG erfolgen.

175) vgl. Müller-Henneberg/Schwartz, GWB, Nachtrag 1966, § 81 Rdnr.1, Fußn.91

176) BT DrS. V, 1269

"Wesen der Ordnungswidrigkeit", durch "dogmatische Erwägungen vorgegeben" (S.29) sei, etwa "um die Organe der Strafrechtspflege in diesem Bereich auszuschalten, weil die Ahndung von Ordnungsunrecht eine den Strafgerichten wesensfremde Aufgabe sei" (S.29). Vielmehr erschien es "nur nicht angemessen, daß jeder Bagatellverstoß im ordentlichenStrafverfahren verfolgt" werde (S.29). Mit diesen Begründungen ist aber der Theorie endgültig der "Gnadenstoß" versetzt worden, denn der Gedanke der Bagatelldelikte ist das genaue Gegenteil der qualitativen Verschiedenheit und deshalb auch von allen Verfechtern dieser Lehre mit Entschiedenheit zurückgewiesen worden[177]. Diese Absage bestätigt die Begründung, indem sie "vornehmlich rechtspolitische" (S.30) (klare Zuständigkeitsverteilung) und "praktische" Erwägungen (Sachnähe und schnelle Entscheidung) als maßgebend für die Einführung der Verwaltungskompetenz bezeichnet. Dem entspricht es auch, daß das Bußgeldverfahren nicht als "... verwaltungsmäßige Ausführung von Gesetzen ...", sondern als "... Gesetzesanwendung auf einen Unrechtstatbestand" bezeichnet wird: "Das Verfahren für diese Gesetzesanwendung ist seiner Funktion nach "Strafverfahren" ..." (S.43). Die Bußgeldverhängung als "ureigene Aufgabe" der Verwaltung ist damit entfallen.

2) Aber auch unabhängig von diesen allgemeinen Erörterungen ist die Bußgeldverhängung, wie sie durch das Ordnungswidrigkeitengesetz ausgestaltet ist, keine reine Verwaltungsangelegenheit in Form eines Verwaltungsaktes.

a) Zu der von der Theorie vertretenen Verwaltungsaktsnatur des Bußgeldbescheides ist vorab zu bemerken, daß sich daraus nichts gegen Strafcharakter des Bußgeldbescheides entnehmen läßt; denn der Begriff "Verwaltungsakt" ist ein Produkt der Wissenschaft zur Erfassung staatlicher Handlungen. Er enthält aber keine Aussage über seinen materiellen Inhalt und seinen Zweck. Demgemäß dient der Verwaltungsakt als Bezeichnung für ein weites Spektrum staatlicher Handlungen[178]. Die Feststellung, der Bußgeldbescheid sei ein Verwaltungsakt, schließt daher nicht aus, daß Inhalt dieses Verwaltungsaktes der Ausspruch einer Strafe ist[179].

Eine ausdrückliche gesetzliche Bestätigung für die Verwaltungsaktsnatur wird in § 7 OWiG a.F. gesehen. Der dort geregelte Grundsatz der Opportunität (Ermessen) sei eine naturgemäße Folgerung daraus, daß das verwaltungsbehörd-

---

177) vgl. z.B. Rotberg S.27; E.Schmidt SJZ 49, 230, 235

178) vgl. Beispiele bei Forsthoff, § 11, 3; H.J. Wolff, Bd.I, 7., § 47

179) Tiedemann AöR 89, 56 ff., 83; siehe auch die späteren Ausführungen bei der gebührenpflichtigen Verwarnung

liche Bußgeldverfahren, wie alles Verwaltungsverfahren, von den Grundsätzen der Zweckmäßigkeit beherrscht werde[180]. Zwar wollte wohl § 7 I einen durch ein solches Ermessen gekennzeichneten Verwaltungsakt schaffen[181], so daß die Lehre daraus eine Ermächtigung zu einer den Grundsätzen des Verwaltungsrechts entsprechenden Ermessensausübung entnehmen konnte[182]. Aus einer Ermessensvorschrift allein, wie § 7 I, kann jedoch nicht entnommen werden, daß es sich dann um eine Verwaltungstätigkeit und damit um einen Verwaltungsakt handeln muß. Wie Mattes[183] zurecht aufweist, übt auch der Richter ein Ermessen aus. Inwieweit hier ein Unterschied besteht, kann dieser Bestimmung nicht entnommen werden (die das Ermessen inhaltlich bestimmenden Regelungen §§ 6, 9 ff., welche das OWiG für die Festsetzung trifft, hat auch der Richter zu beachten[184]). Würde man aber einen solchen Unterschied zwischen Verwaltungsermessen und richterlichem Ermessen bejahen, dann wäre die Folge, daß fast notwendig die richterliche Entscheidung nach Einspruch gegen den Bußgeldbescheid und der Bußgeldbescheid selbst in vielen Fällen divergieren würde. Sicher ist aber, daß über die Verfolgung und Festsetzung von Ordnungswidrigkeiten richtigerweise nur nach einer Linie entschieden werden darf, auf die gerade § 7 abstellt. § 47 OWiG 1968 stellt zudem die Entscheidung in das Ermessen der Staatsanwaltschaft, die gewiss nicht nach unterschiedlichen Zwecken entscheidet, je nachdem ob es sich um eine Ordnungswidrigkeit oder um eine Straftat handelt. So spricht auch die Begründung zum OWiG 1968 (S.36) davon, daß die Verwaltungsbehörden sich bei ihren Entschließungen nicht nach besonderen Verwaltungsinteressen, sondern nach "typisch strafrechtlichen Gesichtspunkten" richten. Die Lehre von den Verwaltungswidrigkeiten stellt die Bußgeldverhängung in eine Reihe mit den übrigen Mitteln, welche die Verwaltungsbehörden zur Erreichung ihrer Aufgaben zur Verfügung stehen[185]. Dann müßten aber konsequenterweise auch die sonstigen Grundsätze der Verwaltungstätigkeit, wie z.B. die Subsidiarität und die Verhältnismäßigkeit, zur Anwendung gelangen. Das wird aber für die Bußgeldverhängung zurecht abgelehnt[186].

b) Die Bußgeldverhängung ist aber auch nicht, wie immer wieder betont wird, typische, ureigene Aufgabe der Verwaltung. Ungeachtet aller

---

180) Rotberg S.30
181) BT DrS. I, zu 2100, S.2
182) Rotberg § 7 Rdnr.1; Schäfer, Dalcke-F., OWiG § 7,1; Patzig OWiG § 7, Anm.I; BVerfGE 9, 149 f.
183) S.816
184) Mittelbach DÖV 57, 251
185) Rotberg § 7 Rdnr.1; Schmidt NdWiStr. S.15
186) h.M. z.B. Patzig OWiG, § 7 II 1; OLG Köln MDR 60, 426, 427

Schwierigkeiten und vergeblichen Versuche, die Verwaltung als staatliche Tätigkeit abstrakt zu definieren, lassen sich doch bestimmte Merkmale aufzeigen, die in der Regel typisch für die Verwaltungstätigkeit sind und die der Rechtsprechung nicht zukommen. Dazu gehört u.a. die Zielrichtung dieser staatlichen Funktion. Aufgabe der Verwaltung ist die Sozialgestaltung innerhalb der Rechtsgemeinschaft[187]. Da jede Gestaltung in die Zukunft weist, läßt sich die typische Verwaltung beschreiben als "willensmäßige Gestaltung zukünftigen Geschehens"[188]. Untersucht man daraufhin den Bußgeldbescheid, so zeigt sich, daß er in erster Linie in die Vergangenheit gerichtet ist, indem er über ein bestimmtes, abgeschlossenes, vergangenes Geschehen entscheidet. Hauptziel dieses Bescheides ist nicht die Veränderung und die Gestaltung der Wirklichkeit, sondern das Befinden über einen vergangenen Sachverhalt, dem gegenüber das soziale Leben als eine Gegebenheit hingenommen wird. Eine solche retrospektive Ausrichtung der Bußgeldverhängung ist nicht typisch für die Verwaltung als gestaltender Staatsfunktion. In diesen u r e i g e n e n Aufgabenbereich kann die Bußgeldverhängung somit nicht eingeordnet werden[189] 190).

3) Bußgeldverhängung im gerichtlichen Verfahren nach Antrag auf gerichtliche Entscheidung

a) Entsprechend dem Bußgeldverfahren als "originärem Verwaltungsverfahren" wird das gerichtliche Verfahren als materielle Verwaltungsausübung[191]

---

187) Forsthoff, S.6

188) G.Küchenhoff, VVDSt RL 14,199; "Kontinuierliche Gestaltung in die Zukunft hinein", Forsthoff S.7

189) zust. Jescheck JZ 59,462; Kischa S.166; Schoreit GA 67, 234; Eser S.107; OWiG 1968, Amtl. Begr., BT DrS. V, 1269, S.43: "keine Fortsetzung der "verwaltungsmäßigen" Ausführung von ... Gesetzen ..., sondern Gesetzesanwendung auf einen Unrechts- oder Pflichtwidrigkeitstatbestand..." "... seiner Funktion nach "Strafverfahren", nicht so sehr Verwaltungsverfahren ..."

190) Damit ist aber diese Tätigkeit nicht notwendig eine Richter-(Rechtsprechungs-)aufgabe; denn auch nicht typische Aufgaben sind aus historischen oder praktischen Gründen der Verwaltung übertragen, vgl. dazu Forsthoff, S.7 f. Zu dieser Frage s. §§ 5 und 6.

191) Schäfer in Dalcke-F, OWiG vor § ,54; Kääb-Rösch S.167: "Bleibt ein Verwaltungsverfahren,das lediglich den Gerichten zur Durchführung übertragen ist"; Rotberg S.30 f.; vgl. Müller-Sax, § 54, 1 b und 5 b

bezeichnet. Diese Ansicht macht zu Unrecht aus dem Gerichts- und dem behördlichen Verfahren eine Einheit. Dadurch wird der Richter zu einer bloßen "Oberverwaltungsbehörde"[192] degradiert, was die Gerichtsbarkeit nach geltendem Recht gerade nicht ist und nicht sein darf[193]. Das Gerichtsverfahren ist nicht bloß Fortsetzung des Verwaltungsverfahrens, sondern Ausübung selbständiger eigener Gewalt. Die richterliche Tätigkeit ist insoweit Teilfunktion einer einheitlichen Gewalt, nämlich der Rechtsprechung[194]. Das gilt auch, wenn, wie hier, der Richter als Rechtsmittelinstanz tätig wird. Durch die "Einbeziehung" in das Verwaltungsverfahren wird der richterlichen Funktion nicht Rechnung getragen.

b) Teilweise wird auch die Ansicht vertreten, die ordentlichen Gerichte würden in funktionellem Sinne als Verwaltungsgerichte entscheiden[195]. Sie würden Aufgaben wahrnehmen, "die rein konstruktiv in die Zuständigkeit der Verwaltung gefallen wären"[196], es wären Entscheidkungen kraft übertragener Verwaltungshoheit[197].

Diese Qualifikation weist mehr oder minder deutlich auf die "Inkonsequenz" hin, die darin liegt, daß ein "Verwaltungsverfahren" bei den ordentlichen Gerichten endet[198]. Diese Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte spricht schon rein äußerlich gegen die Ansicht von der funktionalen, bloß übertragenen Verwaltungsgerichtsbarkeit. Für eine solche ergibt sich auch nichts aus den Motiven, die vielmehr u.a. davon ausgehen, daß den Verwaltungsgerichten "diese strafrechtsähnliche Materie wesensfremd" sei[199], ein Argument, mit dem nur schwerlich die "funktionelle Verwaltungsgerichtstätigkeit" zu vereinbaren ist.

Darüber hinaus trifft aber auch die Ansicht von der auf die ordentlichen Gerichte übertragenen Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht zu. Das zeigt sich bei der Frage der Ermessenskontrolle. Aus dem Umstand, daß die Verwaltungsgerichte nicht Verwaltungs-, sondern Rechtsfragen zu entscheiden haben, ergibt sich, daß dort, wo der Gesetzgeber die Entscheidung über die zu treffenden Maßnahmen in das Ermessen der Verwaltung gestellt hat, die Verwaltungs-

---

192) Fleiner, zit. nach Ule S.9
193) Ule S.4
194) Forsthoff 8., S.477; Ule a.a.O.
195) Patzig, OWiG, Einf. VII, 1
196) Schäfer in Dalcke-F, OWiG Vorb.2 und Vorb. vor § 54
197) Rotberg S.30
198) Zur Kritik an dieser Regelung vgl. Patzig VA 50, 370 ff., ders., OWiG Einf. VII, 1. In rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht muß eine vollständige Überprüfung erfolgen, Art.19 IV, vgl. BVerfGE 15, 275 ff., 282
199) BT DrS II, 2100, Gründe, Ziff.2

gerichte diese Entscheidung zu respektieren haben; sie dürfen nicht ihr Ermessen an die Stelle des Ermessens der Behörden stellen[200]. Demgegenüber haben die ordentlichen Gerichte bei der Überprüfung von Bußgeldbescheiden, entsprechend ihrer sonstigen Tätigkeit, gegebenenfalls das Verwaltungsermessen durch das gerichtliche Ermessen zu ersetzen[201]; sie sind also nicht wie im Verwaltungsgerichtsverfahren insoweit auf die bloße Ermessensmißbrauchskontrolle beschränkt[202]. Das bestätigt § 55 V 2 OWiG 52, aus dem sich ergibt, daß im Gegensatz zu den Verwaltungsgerichten, die den Verwaltungsakt nur "kassieren" können, die ordentlichen Gerichte in diesem Verfahren auch "reformieren" können[203]; neben der Bußgeldherabsetzung auch z.B. die Milderung von Nebenfolgen[204].

Auch die Einschränkung der Kontrolle des Opportunitätsprinzips gem. § 7 I, II OWiG auf bloße Willkür- ohne Zweckmäßigkeitsprüfung[205] bedeutet keine dem Verwaltungsgerichtsverfahren entsprechende Einschränkung der Ermessenskontrolle. Diese Regelung ist vielmehr im Hinblick auf § 153 I StPO nichts Ungewöhnliches[206]. Insoweit unterliegt auch die Staatsanwaltschaft lediglich der Mißbrauchskontrolle[207].

Schließlich wird die angeblich funktionelle Verwaltungsgerichtsbarkeit mit dem Hinweis auf § 55 V 1 OWiG begründet, da die Entscheidung des Gerichts nur die "Aufrechterhaltung, Abänderung oder Aufhebung des Bußgeldbescheides", also nur die Überprüfung des Verwaltungsaktes beinhalte[208]. Diese "Entsprechung" zum verwaltungsgerichtlichen Verfahren ist jedoch nur äußerlich. Es besteht in der Literatur Übereinstimmung darüber, daß Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens die Tat im Sinne von § 264 StPO ist, d.h. das geschichtliche Vorkommnis[209]. Die Beschränkung des Entscheidungsgegenstandes

---

200) Ule S.9 — 201) BVerfGE 8, 207

202) h.M. vgl. Müller-Sax OWiG § 55 Erl. 2 c; Mittelbach DÖV 57, 255

203) Patzig, OWiG Einf. VII, 1

204) Entgegen der h.M. mißt Müller-Sax (OWiG § 55 Erl. 5 d) dieser Regelung nur deklaratorische Bedeutung zu, da sie sich schon aus der Funktion der Richtereinschaltung, nur den Bescheid zu überprüfen, ergäbe. Offen bleibt allerdings, wie Müller-Sax damit die eventuelle Bußgeldfestsetzung nach richterlichem Ermessen vereinbaren.

205) h.M., Rotberg § 7 Rdnr. 3 — 206) Kohlhaas Vorb. 7

207) Patzig, OWiG, § 7 Erl. III, § 55 Erl. 2; BayObLG NJW 51, 494; Rotberg § 55 Fußn. 31

208) Schäfer in Dalcke-F., vor § 54 OWiG; Niese JZ 52, 353

209) z.B. Müller-Sax, OWiG § 55, Erl. 2 b; vgl. auch BVerfG 8, 207; im Erg. auch Bay ObLGSt 15, 1, 3, 4; wohl auch Rotberg § 55 Rdnr. 6

durch den Bußgeldbescheid entspricht der Anklage bzw. dem Eröffnungsbeschluß im strafgerichtlichen Verfahren[210]. Schließlich ist auch die Formulierung von § 55 V 1 OWiG kein Umstand, der die obige Ansicht rechtfertigt; diese hat vielmehr eine deutliche Parallele zu den §§ 327 f. StPO, wonach das Urteil bei "eigener Sachentscheidung aufrechterhalten, aufgehoben oder abgeändert"[211] wird.

Keinen Zweifel an der strafgerichtlichen Natur dieses Verfahrens läßt das OWiG 1968 zu. Es bekennt sich für das gerichtliche Überprüfungsverfahren eindeutig zur Strafverfahrensnatur. Das bisherige Verfahren[212] wird unabhängig von dogmatischen Gründen, allein aus prozeßökonomischen Erwägungen und im Interesse der Betroffenen aufgehoben und neu geregelt, da es der Ausweitung des Ordnungswidrigkeitenrechts nicht ausreichend Rechnung getragen hat. Das gerichtliche Verfahren richtet sich jetzt gem. § 71 grundsätzlich "nach den Vorschriften der StPO, die nach zulässigem Einspruch gegen einen Strafbefehl gelten". Es handelt sich somit zweifelsfrei um ein gerichtliches Strafverfahren.

4) Das gefundene Ergebnis, daß weder Bußgeldverhängung typisch ureigene Verwaltungsausübung, noch die richterliche Entscheidung funktionelle Verwaltungsgerichtsbarkeit ist, sondern daß es sich um Tätigkeiten handelt, auf welche dieselben Grundsätze anwendbar sind wie im (gerichtlichen) Strafverfahren, wird durch die umfangreiche gesetzliche Verweisung nicht nur auf materielle Strafrechtsnormen, sondern auch auf Normen der StPO bestätigt[213]. In der Literatur wird nur vereinzelt die Anwendung von Strafverfahrensgrundsätzen abgelehnt und der Rückgriff auf das Verwaltungsverfahren bejaht[214]. Dem gegenüber geht die weitaus überwiegende Meinung sogar davon aus, "daß auch (!) beim Fehlen ausdrücklicher Verweisungen ... Vorschriften des Strafrechtsgebietes einschließlich der StPO sinngemäß verwandt werden müssen"[215]. Diese Heranziehung widerspricht aber eindeutig der von der Lehre vertretenen Andersartigkeit des Verfahrens und macht die Inkonsequenz und Unhaltbarkeit dieser Ansicht deutlich. Ganz ausdrücklich bekennt sich § 46 I OWiG 1968 zu einer subsidiären Anwendbarkeit "der allgemeinen Gesetze über das Strafverfahren, namentlich" der StPO, des GVG und des JGG. Als Begründung wird

---

210) so für Letzteren OLG Braunschweig NJW 64, 2364

211) so E. Schmidt, Komm. § 328 Rdnr. 1

212) BT DrS. V 1269, Einleitung B I

213) vgl. etwa Aufstellung bei Rotberg S. 32

214) BayObLGSt 12, 208 ff., 210; OLG Celle NJW 65, 2215 ff. mit Abl. Anm. v. Dünnhaupt.

215) Rotberg S. 32; Schäfer in Dalcke-F., OWiG, vor § 54; Müller-Sax OWiG,

dazu u.a. ausgeführt, daß sich diese Regelungen auch deshalb empfehlen, weil bei der bisherigen Verfahrensregelung Lücken aufgetreten seien, welche die Rechtsprechung auch bisher durch Anwendung der entsprechenden Vorschriften der StPO zu schließen versucht habe[216])

Vorb. 2; Schwarz-Kleinknecht, OWiG, Vorb. 8; BGHSt 18, 127; BayObLG NjW 66, 1088; Patzig DVBl. 67, 354 sieht in dieser sinngemäßen Anwendung nur eine Ausweglosigkeit des Gesetzgebers, der "nichts anderes tun" konnte, da es noch keine VwGO gegeben und die Landesverwaltungsgesetze dem OWiG nicht Rechnung getragen haben. Der Gesetzgeber hätte aber ebenso die allg. Grundsätze übernehmen können, die später in der VwGO erfaßt wurden. Daß er das n i c h t getan habe, zeigt m.E., daß der Gesetzgeber diese Unrechtsahndung nicht wirklich als typische Verwaltungsangelegenheit angesehen hat.

216) BT DrS. V, 1269, S. 31

4. Abschnitt

GESETZGEBUNGSKOMPETENZ FÜR DIE RECHTSMATERIE "ORDNUNGSWIDRIGKEITEN"

Das hier gefundene Ergebnis, daß es sich bei den Ordnungswidrigkeiten, Geldbußen und Bußgeldbescheiden um Straftaten, Strafen und Strafbescheide handelt, ergibt sich letztlich auch aus der Gesetzgebungskompetenz für die Rechtsmaterie des Ordnungswidrigkeitenrechts, nämlich Art. 74 Ziffer 1 GG: "Strafrecht".

a) Zieht man die noch herrschende Verwaltungsstrafrechtstheorie heran, so erscheint es zweifelsfrei, daß es sich bei dem Recht der Ordnungswidrigkeiten nicht um Strafrecht handelt. Denn das Bemühen dieser Theorie war, zumindest in der nachkonstitutionellen Zeit, stets darauf gerichtet, die Wesens- und qualitative Verschiedenartigkeit von kriminellem und Ordnungswidrigkeitenunrecht aufzuzeigen und nachzuweisen, daß Kriminalstrafe und Geldbuße artverschieden sind. Dessen ungeachtet geht die weitaus überwiegende Meinung auch dieser Theorie davon aus, daß das Recht der Ordnungswidrigkeiten zum Gebiet des Strafrechts im Sinne des Art. 74 Ziff. 1 GG gehört[217].

Auch die amtliche Begründung des OWiG 1952[218] geht von der Gesetzgebungskompetenz des Bundes gem. Art. 74 Ziff. 1 aus. Trotz der wesensmäßigen Unrechtsverschiedenheit wird in einer allumfassenden Definition das Strafrecht bezeichnet "als eine Rechtsordnung ..., durch die, unabhängig vom Wesensgehalt des Unrechts im Einzelfalle, Maßnahmen gegen denjenigen verhängt werden, der Geboten und Verboten zuwiderhandelt". Würde aber tatsächlich das Gesetz mit der Wesensverschiedenheit ernst machen, so wäre das Ordnungswidrigkeitenrecht reines Verwaltungsrecht und die Geldbuße eine Verwaltungsmaßnahme, wesensverschieden von der Strafe; das Ordnungswidrigkeitenrecht hätte dann nichts mit dem Strafrecht i. S. v. Art. 74 Ziff. 1 GG zu tun[219].

---

217) BGHSt 12, 148 ff., 153; 13, 102 ff., 110; Michels S. 33 f.; Hartung NJW 56, 41; Rotberg S. 36; Dalcke in Dalcke-F. § 1 EGStGB Anm. 1; a. A. Haas DVBl. 57, 615; "Ordnungswidrigkeiten haben weder etwas mit dieser Kompetenznorm noch mit Strafrecht etwas zu tun, ihre Regelung ist vielmehr Annex zum jeweiligen Sachgebiet."

218) BT DrS. I, 2100, S. 14 f.

219) Bettermann, Strafgewalt, S. 300

Auch die ausführlichen Untersuchungen von Tiedemann[220] haben gezeigt, daß die Theorie die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für ein allgemeines Ordnungswidrigkeitenrecht nicht aus Art.74 Ziff.1 entnehmen kann (S.71 ff.). Nur vom Zuordnungszweck des Strafrechts zu Art.74 Ziff.1 GG her, allgemeine Möglichkeiten des Staates zu schaffen, "den Bestand der Rechtsgemeinschaft und ihrer Rechtsgüter vor sozial unerträglichen Handlungen zu schützen" (S.79), und von der notwendigen Einsicht her, daß auch "die Androhung von Geldbußen ... zur Sicherung des gerechten und geordneten Zusammenlebens notwendig ist, da auch die Ordnungswidrigkeiten ein für den Bestand einer Gemeinschaft typisch unerträgliches, da sozial inadäquates Verhalten" sind (S.79), vermag Tiedemann letztlich die Bundeskompetenz zu rechtfertigen[221]. Diese Qualifizierung des Ordnungswidrigkeitenrechts stimmt aber nur mit der modernen Lehre (so auch hier) überein, die das Ordnungswidrigkeitenrecht als "minderstrafwürdig" (S.80), die Geldbuße als "repressive Übelszufügung" (S.83) und das Ordnungswidrigkeitenrecht allgemein dem "Strafrecht" zurechnet (S.83). Die amtliche Begründung zum Ordnungswidrigkeitengesetz 1968 (a.a.O. S.41) geht gleichfalls von der Bundeszuständigkeit gem. Art.74 Ziff.1 GG aus: Der Bundesgesetzgeber könne "nicht nur entbehrlich gewordene Tatbestände aufheben oder ändern", sondern auch das typische Gesamtbild der Deliktsart "abmildern" zu Sanktionsnormen ohne Freiheitsentzug und ohne den Makel des "Vorbestraftseins". Die Befugnis zu dieser "Herabstufung" oder Änderung der "Typik der repressiven Sanktionen" muß der für das Strafrecht zuständige Gesetzgeber haben, der schon die bisherige Typik ("Übertretungen") geschaffen hat. Dieses Bekenntnis zur Strafrechtsnatur der Ordnungswidrigkeiten und dem quantitativen "Abmildern" von Krminalstrafen zu Geldbußen steht im Einklang mit der generellen Absage des Gesetzes an die Lehre vom Verwaltungsstrafrecht[222].

---

220) AöR 89, 56 ff.

221) Zur Begründung führt Tiedemann allerdings noch aus, daß der Gleichheitssatz gebiete, daß nicht negativ nach Ausgrenzung des Strafrechts durch den Bundesgesetzgeber Materien frei werden, die der Landesgesetzgeber nicht nur unterschiedlich i.S. d. Ordnungswidrigkeitenrechts, sondern auch i.S. d. Strafrechts regeln könnte (S.82 f.); auf einen ähnlichen Gedanken hat schon E.Schmidt, JZ 51, 101 ff., 104 hingewiesen.

222) entsprechend auch die Bundeskompetenz zur Regelung des Verfahrensrechts, S.43 f. Zur Konkurrenz mit einer landesrechtlichen Gesetzgebungskompetenz vgl. Rebmann-Roth-Herrmann, OWiG, § 2 Rdnr.10 ff.

Die Ansicht von Gesetzgebung, Praxis und Literatur, daß der Bund gem. Art. 74 Ziff. 1 zur Schaffung des Ordnungswidrigkeitenrechts zuständig ist, bestätigt die hier vertretene Meinung, daß es sich bei dieser Rechtsmaterie tatsächlich um Strafrecht handelt.

§ 3

DIE GEBÜHRENPFLICHTIGE VERWARNUNG[1]

Wie oben in der geschichtlichen Entwicklung gezeigt, hat die g.V. in unserer Rechtsordnung drei Rechtsgrundlagen: § 22 StVG, § 8 OWiG, ferner die Polizeigesetze der Länder. Aus diesen verschiedenen Rechtsgrundlagen wird jedoch i.d.R. nicht die Folgerung gezogen, daß insbesondere zwischen § 22 StVG und § 8 OWiG ein rechtserheblicher Unterschied besteht, vielmehr werden, was die Rechtsnatur dieser Einrichtung anbetrifft, im wesentlichen dieselben Argumente und Gesichtspunkte vorgebracht.

Die Rechtsnatur der g.V. ist seit ihrer Entstehung unklar. Sie wird und wurde zum einen als praeventivpolizeiliche Maßnahme, zum anderen als vergeltende Sanktion bezeichnet. Dementsprechend wird die g.V. entweder als polizeilicher Verwaltungsakt, für den eine Gebühr erhoben wird[2], bezeich-

---

1) In § 3 wird für die "gebührenpflichtige Verwarnung" die Abkürzung g.V. verwendet. - Die Erörterungen in § 3 beziehen sich auf die g.V. alter Fassung; soweit das durch OWiG 1968 an ihre Stelle getretene "Verwarnungsgeld" von Bedeutung für die vorliegende Arbeit ist, wird an den entsprechenden Stellen darauf eingegangen.

2) Im folgenden als Strafgegner bezeichnet:
Clauss § 39 Erl.1; Floegel-Hartung, StVG § 22 Anm.2 (mit Bedenken); Göhler, OWiG, § 56 Anm.3,4; Hartung, Polizei-Praxis 56, 161; Hodler NJW 52, 1364; Lucas, Polizei Praxis 52, 134; Müller, Anmerkung zu § 22 StVG; Patzig, OWiG, § 8 Anm.4; Reiff § 31 Anm.I,2; Rotberg § 8 Rdnr.2; Schäfer, ZStW 51, 960; Samper, PAG, Anm. zu Art.46 (allerdings mit erheblichen Bedenken, s. Text); H.J.Wolff, III, § 159 IV. - BGHSt 17, 101 ff.; VGH München Bay VBl. 65, 100 ff. (mit krit. Anmerkung von Samper); OVG Koblenz NJW 65, 1781 ff.; BVerwG NJW 66, 1426 f. und BVerfGE 22, 125 ff. (ergangen auf Vorlage durch das OLG Frankfurt BB 62, 782, das die Strafnatur bejahte), beide Entscheidungen "schwimmen .... im Kielwasser" (Bartsch DÖV 67, 780 Fußn.26 a) des BGH ohne Klarheit zu schaffen. - Weitere Nachweise vgl. Text und bei Haferkorn S.49.

net, oder als eine Strafe oder zumindest strafähnliche Sanktion[3], die von der Verwaltung verhängt wird.

Die Charakterisierung der g.V. als Verwaltungsakt führt zu der Frage, "worin" der Verwaltungsakt liegt. Nach dem gesetzlichen Wortlaut des § 22 I, 1 StVG setzt sich die g.V. aus zwei Teilen zusammen: "... kann ein Polizeibeamter ... verwarnen und eine Gebühr ... erheben." (Ähnlich auch die landesgesetzlichen Regelungen. In § 8 OWiG heißt es allerdings, "gebührenpflichtig verwarnen"; es bleibt aber eine Verwarnung, für die eine Gebührenpflicht besteht.) Der Verwaltungsakt kann sonach sowohl in der Gebührenfestsetzung, wie auch in der Verwarnung zum Ausdruck kommen.

1) Ein Verwaltungsakt ist eine Maßnahme, die von einer Verwaltungsbehörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts getroffen wird[4]. Zum Ausspruch der Verwarnung ist zuständig ein Polizeibeamter, der ein Teil der staatlichen Verwaltung bzw. einer Verwaltungsbehörde ist. Die g.V. ist daher grundsätzlich eine Maßnahme einer Verwaltungsbehörde. Diese erfolgt zweifellos auch auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes, da sowohl das Polizeirecht wie auch das Strafrecht Ausfluß der staatlichen Hoheitsgewalt ist und damit dem öffentlichen Recht angehören. Die Verwarnung als solche enthält jedoch keine Regelung eines Einzelfalles; eine solche setzt voraus, daß die Maßnahme unmittelbar rechtliche Wirkung in bezug auf die Rechtsstellung einer Person hat[5]. Die Verwarnung allein enthält jedoch lediglich das Inaussichtstellen einer Bestrafung aufgrund eines Straf-

---

3) Im folgenden als Strafbefürworter bezeichnet: Bartsch DÖV 67, 779 ff.; Bode; DAR 56, 173 ff., 58, 1 ff., 65, 293, DVBl. 66, 592 ff.; Drews-Wacke, allerdings uneinheitlich: in der 6. Auflage heißt es noch, die g.V. besitze Strafcharakter (S.198 f.), ebenso in der 7. Auflage S.443 f., ähnlich auch dort S.452, 432, 157; auf S.450 wird aber erklärt, die landesrechtliche g.V. sei keine kriminelle Strafe: "So ganz eindeutig ist dies freilich nicht."; Haferkorn III,4 (S.47 ff.); Hagedorn DÖV 66, 408 ff., ders. NJW 67, 1902 (Anm. zu BVerfGE 22, 125 ff.); Kiskalt, Polizeirecht S.45 ff., ders., Die Polizei, 63, 120 ff.; Reichmann, S.17 ff.; Zeitlmann, Polizei Praxis 52, 155 ff.; Wimmer, Die Polizei 60, 162. - Weitere Nachweise im Text.

4) so § 25 der ehem. VO Nr.165 der Milit.Regierung über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der brit. Zone; damit inhaltlich übereinstimmend: Ule, Anhang zu § 32, I, 1; H.J.Wolff I, 7, § 46 I; Forsthoff § 11,1; Schunck-De Clerck § 42, 2a, aa.

5) Forsthoff a.a.O.

gesetzes für den Fall der Wiederholung der gerügten Handlung[6]. Daraus kann nicht deshalb eine rechtliche Regelung entnommen werden, weil damit für den Einzelnen ein Gebot zum Gehorsam gegenüber dem betreffenden Gesetz ausgesprochen wird[7]. Denn dieses Gebot enthält das Gesetz ohnehin, der Betroffene wird nur darauf hingewiesen. Dasselbe gilt auch für die Begründung von Rotberg, wonach die g.V., wie die Geldbuße, eine "Gegenwirkung gegen den Rechtsbruch in Form eines scharfen Anrufes enthalte"[8]. Die darin liegende "Pflichtenmahnung" enthält gleichfalls nur einen Hinweis auf diese (unterstellten) Pflichten, ohne dabei unmittelbar rechtliche Wirkung auszuüben[9]. Die Verwarnung erschöpft sich sonach im bloßen Hinweis auf künftige Bestrafung im Wiederholungsfalle[10]. Als eine solche bloße Ankündigung hat sie daher für den Betroffenen keinen unmittelbaren Eingriff in seine rechtliche Stellung zur Folge. Allein in der Verwarnung kann somit der Verwaltungsakt nicht gesehen werden[11].

2) Die Verwaltungsaktnatur der g.V. kann sich aus der Gebührenfestsetzung, also dem zweiten Teilakt der g.V., ergeben[12].

---

6) Bode DAR 56, 173 f.

7) so aber Schäfer, ZStW 51, 957

8) § 8 Rdnr. 2

9) Der Hinweis von Haferkorn S. 28 f. auf die Verwarnung des JGG § 14 geht fehl, da aus dem Strafcharakter dieser "Ehrenstrafe" nicht die Verwaltungsaktnatur folgt. Diese Verwarnung erhält ihre beabsichtigte erzieherische Wirkung über die innere Einstellung des Betroffenen, auf die eingewirkt werden soll; dementsprechend bezeichnet auch Maurach, AT § 69 B, diese Verwarnung nur als "formellen Vorhalt", als Hinweis auf das Unrecht, wodurch der Erziehungseffekt erreicht werden soll! Nicht wird dadurch unmittelbar in Rechte eingegriffen!

10) Bode a.a.O.

11) Bode a.a.O.: Die Verwarnung an sich ist ein jur. Nullum; Haferkorn S. 29; Hagedorn DÖV 66, 408; Bartsch DÖV 67, 780; Clauss § 39, 1 a; Merk S. 1011. Die Verwarnung bedarf daher auch keiner Rechtsgrundlage: Drews-Wacke S. 443.

12) so die Strafgegner, s. Fußn. 2; unklar allerdings Clauss § 39 1 b, der zwar davon ausgeht, die g.V. enthalte eine Gebühr, zuvor jedoch erklärt, "die g.V. ist ebenso wie die Verwarnung weder eine Verfügung ... noch ein Verwaltungsakt"; unklar auch Ule-Rasch, PVG § 59: Die g.V. ist weder eine Strafe noch eine Gebühr, sondern eine Verwaltungsmaßnahme mit erzieherischem Charakter!

Kein Zweifel besteht darüber, daß die Festsetzung einer Gebühr durch einen Hoheitsakt einer Verwaltungsbehörde einen Verwaltungsakt darstellt, da mit ihm unmittelbar in Vermögensrechte des Betroffenen eingegriffen wird. (Daß der eigentliche Eingriff erst durch die Vollstreckung erfolgt, ändert daran grundsätzlich nichts[13].) Voraussetzung für diese Verwaltungsaktnatur ist jedoch, daß durch die g.V. überhaupt eine Gebührenfestsetzung erfolgt.

Die Strafgegner gehen einhellig davon aus, daß die Gebühr der g.V. eine echte Gebühr sei[14]. Als Begründung wird dafür angeführt, die Gebührenzahlung der g.V. stelle ein Entgelt für die besondere Leistung des Polizeibeamten dar, die in der rechtlichen Beurteilung des Mißverhaltens des Betroffenen liege. Sie erfolge auch im Interesse des Betroffenen, denn es widerspräche der Erfahrung (!), daß ein Einverständnis mit einer Maßnahme erklärt werde, ohne daß diese wenigstens in irgendeiner Weise vorteilhaft für den Einwilligenden sei[15]. Schließlich werde sie auch in der Höhe nach dem Verwaltungsaufwand, nach der Bedeutung der Angelegenheit für die (!) Beteiligten und nach ihren wirtschaftlichen Verhältnissen bemessen. Es lägen sonach alle herkömmlichen Merkmale einer Verwaltungsgebühr vor. - Diese Charakterisierung begegnet sowohl in tatsächlicher, wie auch in rechtlicher Hinsicht erheblichen Bedenken.

a) Begriffsmerkmale der Gebühr

Neben den "erwerbswirtschaftlichen" Einkünften dienen die öffentlichen Einkünfte der Deckung des staatlichen Finanzbedarfes, der durch die Verwaltungsorganisation verursacht ist. Zu diesen öffentlichen Einkünften, öffentlich-rechtlichen Abgaben, erbracht durch die Bürger, gehören u.a. die Steuern und die Verwaltungsgebühren. Gemeinsam ist ihnen, daß es sich um Zwangsabgaben handelt.

"Anknüpfungspunkt" für die Steuer ist die staatliche Tätigkeit, die im Interesse der Allgemeinheit erfolgt. Zwischen dieser Tätigkeit und der Steuerpflicht besteht kein unmittelbarer Zusammenhang[16], etwa im Sinne einer speziellen auf den Steuerpflichtigen bezogenen bestimmten staatlichen Leistung. Die Steuerhöhe bemißt sich daher auch allgemein nach der Leistungsfähigkeit des Einzelnen[17]. - Demgegenüber besteht zwischen der Gebühren- (Beitrags)

---

13) Rotberg § 8 Rdnr. 2

14) BGHSt 17, 101; Bay ObLG NJW 61, 1271 f.; VGH München BayVBl. 65, 100; BVerwG NJW 66, 1426 f.; Floegel-Hartung § 22 StVG Anm. 2; vgl. weitere Nachweise bei Haferkorn S. 41 Fußn. 1.

15) VGH München, BayVBl. 65, 101

16) Blumenstein S. 110

17) Gerloff S. 204

pflicht und der staatlichen Tätigkeit ein unmittelbarer Zusammenhang. Neben der staatlichen Tätigkeit, die im Interesse der Allgemeinheit ausgeübt wird, unterhält der Staat Einrichtungen, die nicht generell, sondern nur aus besonderen Anlässen von Einzelnen in Anspruch genommen werden. Diese besondere Inanspruchnahme von Einrichtungen des Staates oder von Verwaltungsbehörden überhaupt, die ein zusätzliches, über das der unmittelbaren Erfüllung staatlicher Aufgaben hinausgehendes Tätigwerden veranlaßt, rechtfertigt die Heranziehung des Einzelnen zur Abdeckung der dadurch entstandenen Kosten in Form einer Abgabe[17a]. Damit ist Ursache (und auch Maß) dieser Abgabe die spezielle Tätigkeit; diese, die besondere Inanspruchnahme der Behörde oder einer staatlichen Einrichtung, ist damit Gegenleistung für die gezahlte Gebühr. Gebühr ist damit eine öffentlich-rechtliche Abgabe, die eine Gegenleistung, ein Entgelt, für eine besondere Inanspruchnahme oder Leistung darstellt[18].

Aus diesem Entgeltcharakter wird zum Teil gefolgert, daß Gebühren nur zulässig sind für solche Amtshandlungen, die auf Veranlassung des späteren Gebührenschuldners, "also" auf seinen Antrag und in seinem Interesse erfolgen[19]. Als Beweis für die Notwendigkeit eines Vorteiles des Betroffenen wird verwiesen auf die einschlägigen Gebührenregelungen[20], wonach die Gebührenerhebung unzulässig ist für Amtshandlungen, die überwiegend im öffentlichen Interesse und von Amts wegen durchgeführt werden[21]. Jener Umkehrschluß aus den genannten Bestimmungen ist jedoch unzutreffend. Die Unrichtigkeit ergibt sich formell schon daraus, daß die geltenden Gebührengesetze eine Gebührenfestsetzung nicht bei Handlungen auf Antrag und im Interesse des Einzelnen anordnen, sondern bei Handlungen auf Antrag (auf Veranlassung) oder im Interesse des Einzelnen, also alternativ; es genügt sonach für die Gebührenfestset-

---

17a) Bei den Abgaben unterscheidet man herkömmlicherweise, vgl. z.B. bawürtt. Kommunalabgabengesetz v. 18.2.64 (GBl. S.71) §§ 8,9,10: Gebühren (Verwaltungsgebühren: Entgelt für die Vornahme von Amtshandlungen; Benutzungsgebühren: Entgelt für die Inanspruchnahme einer öffentlichen Einrichtung) und Beiträge (Geldleistung für die Möglichkeit der Inanspruchnahme einer öffentlichen Einrichtung).

18) BVerwGE 12, 162, 165; 13, 214, 219 m.w.N.; BVerfGE 18, 392, 396; § 1 II 2 AO; Gönnenwein, S.121, 150; v.Rosen-v.Hoewel S.454 (vgl. dort auch S.455 Fußn.1, Beispiele zum unterschiedlichen Sprachgebrauch bei der Verwendung der "Gebühr"); Haferkorn S.34 f.

19) Bode DAR 56, 174; Drews-Wacke S.443 f.

20) vgl. Haferkorn S.36 Fußn.1

21) Bode, Drews-Wacke, jeweils a.a.O.; H.Peters, LB, S.334; BVerwGE 2, 250; OVGe Münster AS 7,72, Lüneburg AS 9, 480

zung schon die Verursachung einer Verwaltungstätigkeit durch den Betroffenen[22]. Die Unrichtigkeit obiger Folgerung zeigt aber auch das Strafverfahren. An seiner Durchführung hat der Täter zweifellos kein besonderes Interesse, noch bringt es ihm einen Vorteil. Dennoch steht außer Zweifel, daß die deshalb von ihm erhobene Abgabe eine Gebühr ist[23]. Dieses Beispiel zeigt aber weiter, daß das öffentliche Interesse, das nach den einschlägigen landesrechtlichen Gebührenregelungen zur Gebührenfreiheit führt, mehr sein muß als das "jeder staatlichen Tätigkeit innewohnende Moment der Förderung des öffentlichen Wohles"[24a], da sonst letztlich eine Gebührenfreiheit, z.B. auch bei strafgerichtlichen Verfahren, bei fast jeder staatlichen Tätigkeit vorliegen würde[24b]. Es muß sich vielmehr um ein besonderes, gesteigertes staatliches Interesse an der Erreichung bestimmter wertvoller Ziele handeln[25]. Davon geht auch der Wortlaut der vorgenannten Bestimmungen aus, wonach Gebühren für Amtshandlungen n i c h t erhoben werden, die "überwiegend" im öffentlichen Interesse erfolgen[26]. Aus diesen Normen kann also nicht als Gegensatz entnommen werden, Gebühren setzten stets ein besonderes Interesse des Einzelnen voraus; diese Regelungen tragen einen solchen Umkehrschluß nicht. Sie enthalten vielmehr ein Gebührenfestsetzungsverbot nur negativ, eine Untergrenze, für solche Verwaltungshandlungen, die im ü b e r w i e g e n d e n öffentlichen Interesse erfolgen. Es ist also nicht zu fragen, ob öffentliches oder privates Interesse[25], sondern nur: Besteht ein überwiegendes öffentliches Interesse. Alle Fälle, bei denen diese Frage verneint wird, fallen nicht unter das Gebührenfestsetzungsverbot. Dieses erfaßt

---

22) § 22 Hess. VerwGebG. v. 26.9.66 (GVBl. I 277); auf Veranlassung; § 2 I Bay KostenG v. 17.12.1956 (Bay BS III, 442): wer veranlaßt, im übrigen der, in dessen Interesse ...; PrVerwGebührenO 1934, § 1 I: Veranlassung; NdS VerwaltungskostenG v. 7.5.62 (GVBl.43) § 1: Anlaß; ausdrücklich alternativ: § 1 I LaGebührenO Baden-Württemberg v. 21.3.61 (GBl. S.59) und § 2 I LaGebG RhldPf. v. 6.7.67 (GVBl. 188); (Ausnahme: VerwGebGNW i.d.F. v. 29.9.23 (GV. S.421): § 1 I, 1: "... auf Veranlassung ... (und) ... im wesentlichen im Interesse einzelner ...")

23) §§ 1 und 49 I GKG; ebenso die Lit.; vgl. Haferkorn S.39 Fußn.2 dort auch weitere Nachweise!

24a) BVerwGE 13, 214, 219

24b) OVG Münster AS 7, 74

25) vgl. v.Rosen-v.Hoewel a.a.O. S.458, Zwangsbewirtschaftung

26) § 2a Hess.VerwGebG; § 3, I 2, BayKostenG; § 2 II HS 1 RhldPf LaGebG; § 5 Ziff.7 BaWüLaGebO; § 1 II, 1 NWVerwGebG.

somit gar nicht den Bereich der auf die allgemeine Wahrnehmung staatlicher Interessen gerichteten Verwaltungstätigkeit, wie z.B. gerade das gerichtliche Strafverfahren[27], ebenso nicht alle Fälle, wo die Tätigkeit ausschließlich von Amts wegen erfolgt[28]. Voraussetzung für die Gebührenerhebung ist sonach lediglich, daß der Betroffene eine staatliche Tätigkeit oder eine Inanspruchnahme staatlicher Einrichtungen zurechenbar verursacht hat und daß die so veranlaßten Amtshandlungen nicht im überwiegenden öffentlichen Interesse stehen. In diesen Fällen, z.B. im Strafverfahren, wäre es nicht gerechtfertigt, die Allgemeinheit vollständig mit den so entstandenen Kosten, etwa in Form von Steuern, zu belasten[29]. Diese müssen daher dem Einzelnen, der sie, verantwortlich, verursacht hat, auferlegt werden. Die Verursachung kann wie im Strafverfahren durch eine Handlung, oder aber direkt durch einen Antrag oder tatsächliche Inanspruchnahme erfolgen. In den beiden letzten Fällen wird in der Regel die veranlaßte Tätigkeit dem Betroffenen auch einen Vorteil bringen. Aber weder ein Antrag noch ein Vorteil ist Voraussetzung für eine Gebühr[30].

Im Anschluß an Haferkorn (S.39) kann somit als Merkmal der Gebühr bezeichnet werden:

1) Sie wird verursacht durch eine besondere Inanspruchnahme eines Verwaltungsorgans.
2) Sie ist eine durch die Verwaltung auferlegte Zwangsabgabe.
3) Zweck der Gebühr ist die öffentliche Finanzbedarfsdeckung.

b) Anhand dieser Merkmale soll geprüft werden, ob es sich bei der g.V. tatsächlich um eine Gebühr handelt[31]. Insoweit verändert die Bezeichnung eines Rechtsinstitutes durch den Gesetzgeber nicht die Rechtsnatur desselben; diese bestimmt sich vielmehr allein nach den tatsächlichen Wirkungen und unterliegt den diesen entsprechenden Regelungen.

---

27) zust. Haferkorn S.37

28) Bachof kann daher nicht gefolgt werden, wenn er die Definition von BVerwGE 12, 165, wonach die Gebühr "eine Gegenleistung für eine besondere Inanspruchnahme oder Leistung" ist, dahin auslegt, daß die Leistung dem Gebührenpflichtigen gegenüber erbracht werden muß, eine solche damit nicht vorläge, wenn der Betroffene keinerlei Interesse daran hätte, VerfR. I, 3., Nr.303). Auch wenn man den Leistungsbegriff hier verneinen sollte, bliebe eine besondere "Inanspruchnahme", vgl. BVerwGE 13, 214 ff., 219

29) sächs. OVG RVBl. 1940, 671 30) Haferkorn S.39, Fußn.1 m.w.N.

31) Die g.V. ist weder eine Steuer (eine solche wird nie durch eine spezielle Tätigkeit veranlaßt und daran gemessen), noch ein Beitrag (es fehlt an

Zu 1): Es bedarf keiner Frage, daß die g.V. durch eine besondere Inanspruchnahme der Polizei oder Verwaltung verursacht ist. Die spezielle Tätigkeit der Behörde liegt hier in der Beurteilung oder der Belehrung, u.U. zusammen mit der Ausstellung des Quittungsformulars über die gezahlte Gebühr[32]. Daß die Verwarnung mündlich erteilt wird und der mündliche Behördenverkehr gebührenfrei ist[33], steht der Gegenleistung nicht entgegen: das ist ausschließlich eine Frage der Entgeltlichkeit (s. unten). Diese Gegenleistung ist auch verursacht durch das Verhalten des Zahlungspflichtigen. Daran ändert nichts, daß die Polizei von Amts wegen tätig wird, wie der Vergleich mit dem Strafverfahren zeigt[34].

Zu 2): Diese Gebühr wird auch hoheitlich auferlegt und ist damit eine Zwangsabgabe. Daran ändert auch das Einverständnis des Betroffenen nichts; dieses bezieht sich lediglich auf das verkürzte und vereinfachte Verfahren, nicht jedoch auf die auferlegte Vermögenseinbuße selbst[35] [36]. Das zeigt auch ein Vergleich mit dem Unterwerfungsverfahren im OWiG 1952, § 67; auch dort kann von einem inneren Einverständnis des Betroffenen mit dem auferlegten Vermögensopfer keine Rede sein.

Zu 3): Zweifelhaft ist dagegen, ob der Zweck einer echten Gebühr, nämlich die Finanzbedarfsdeckung zu gewährleisten, mit einer g.V. erstrebt wird und, damit zusammenhängend, ob die g.V. die Grundsätze der Kostendeckung erfüllt.

Nicht entgegensteht insoweit der Gebühr allerdings der Einwand von Bode[37], daß die Polizeibeamten ohnehin zur Verfolgung von Straftaten angestellt sind, es deshalb gar keine besondere Aufwendung, mit Ausnahme des Papiers, darstellen würde, wenn sie "gelegentlich" eine g.V. erteilen würden. Unter

---

einer besonderen öffentlichen Einrichtung, zu deren Unterhalt beigetragen wird, BVerfGE 9, 291, 297 f.); zust. Hagedorn a.a.O. S.409

32) Da ein "Interesse" nicht Voraussetzung für die Gebühr ist, kann dahin stehen, ob ein solches bei der g.V. vorliegt (VGH München BayVBl. 65, 100 unter 3 a) oder nicht; ebenso die Frage, ob die Vorteilhaftigkeit als Voraussetzung einer Gebühr zur Disposition des Gesetzgebers steht, so Hodler NJW 52, 1364, vgl. dazu Haferkorn S.43 ff.

33) Drews-Wacke S.444; Bode DAR 56, 174; Cordier NJW 68, 1123

34) zust. i.E. Haferkorn S.40 35) Haferkorn S.40

36) Unzutreffend deshalb Cordier a.a.O., der dem BVerfGE 22, 125 ff., 132 entgegenhält, die g.V. komme nicht den Verfahrenskosten "nahe", da diese unabhängig vom Willen des Betroffenen entstünden, während bei der g.V. ein Einverständnis bestehe.

37) DAR 56, 174

diesem Gesichtspunkt wäre letztlich keine staatliche Tätigkeit gebührenpflichtig, da die Gebührenpflicht immer im Zusammenhang mit der Tätigkeit entsteht, die der betreffende Verwaltungsbeamte "ohnehin" kraft seiner Stellung ausübt, jede gebührenpflichtige Tätigkeit, z.B. auch die des Gerichts im Strafverfahren, insoweit nur "gelegentlich" erfolgt.

Unmittelbare Bedenken gegen die g.V. wird man auch nicht schon deshalb vorbringen können, weil die mit einer g.V. verbundenen Aufwendungen geringer sind als die Sätze für die Verwarnung von DM 2.-- bis DM 5.-- (vgl. allerdings § 56 OWiG 1968: Verwarnungsgeld von DM 2.-- bis DM 20.--). Denn das mit diesem Einwand angesprochene sogenannte "Kostendeckungsprinzip" verlangt nicht eine Übereinstimmung von Gebühr und finanziell bemessenem Verwaltungsaufwand bei jeder einzelnen Amtshandlung. Es genügt vielmehr, wenn die Gesamtheit der Gebühren für besondere Leistungen bestimmter Art die Gesamtheit der Aufwendungen für diese besonderen Leistungen nicht übersteigt[38]). Ein erhebliches Übersteigen der Einnahmen aus g.Ven. gegenüber dem entsprechenden Verwaltungsaufwand wird man schwerlich feststellen können. Auch wird man sagen können, daß im Regelfalle die g.V. die Kosten deckt, was für eine echte Gebühr genügt[39a]). Bedenken bestehen aber, ob die Gebühr der g.V. überhaupt der Finanzbedarfsdeckung dient, d.h. dienen soll. Denn allein die Tatsache der Vermögenseinnahme durch den Staat, durch einen Zwangsakt, und die Verwendung der Einnahme für den Staat enthält keine Aussage über den Charakter der Einnahme, wie im Hinblick auf die Geldstrafe oder auch auf das Zwangsgeld unschwer zu erkennen ist. Entscheidend ist daher der mit einer solchen Aufgabe verfolgte Zweck; die Gebühr muß der Finanzmittelbeschaffung dienen und darf keinen darüberhinausgehenden Zweck verfolgen[39b]). Insoweit besteht aber kein Zweifel, daß die Geldstrafe nicht der öffentlichen Finanzmittelbeschaffung dient, ebenso nicht das Zwangsgeld[40]), die deshalb beide auch nicht als Gebühr qualifiziert werden.

Ein Indiz dafür, daß die g.V. gar nicht die Finanzmittelbeschaffung verfolgt, ergibt einen Vergleich mit der gebührenfreien Verwarnung. Ihre Zulässigkeit unterliegt keinen Bedenken, selbst wenn sie gesetzlich nicht geregelt ist, da sie keiner rechtlichen Grundlage bedarf (s. S.65). Gebührenpflichtige wie gebührenfreie Verwarnung verlangen denselben Verwaltungsaufwand an "Stimmkraft und Belehrungstalent", so daß deshalb dieser Aufwand kein Unter-

---

38) BVerwGE 12, 162 ff.
39a) BVerwGE 12, 162 ff.
39b) BVerwGE 12, 170
40) Jellinek § 17 I S.386

scheidungskriterium darstellen kann. Da die Quittung lediglich eine technische Folge der Gebührenfestsetzung ist (der Aufwand für Papier und Druck der Verwarnungszettel würde ganz allgemein keine Gebühr von DM 2.-- bis DM 5.-- rechtfertigen, ohne das Prinzip der Kostendeckung zu verletzen[41]), bliebe als Ergebnis letztlich nur der Zirkelschluß: "Die Gebühr einer g.V. sei eben die Gegenleistung für ihre Verhängung"[42]. Schon hieraus ergibt sich, daß die Gebühr der g.V. nicht eigentlich eine Gebühr ist[43]. Schließlich spricht dagegen auch, daß hier eine Gebühr für mündlichen Behördenverkehr verlangt wird, obwohl dieser nach h.M. gebührenfrei ist[44]. Daran ändert auch nichts, daß ein ausgefüllter Vordruck dem Verwarnten übergeben wird. Die Verwarnung wird dennoch mündlich erteilt und lediglich über den bezahlten Betrag und die Verwarnung wird eine Bescheinigung ausgestellt und diese übergeben. Die Verwarnung selbst wird dadurch in der Regel nicht zu einer schriftlichen Amtshandlung[45]. Aus einem Vergleich dieser beiden Verwarnungsarten ergibt sich aber noch etwas anderes. Wäre bei der g.V. die Gebühr tatsächlich eine Abgeltung des Verwaltungsaufwandes, so wäre nicht einzusehen, warum es daneben auch eine gebührenfreie Verwarnung gibt. Denn von der Intention her, eine Verwarnung zu erteilen, wären dann ja beide identisch. Die Gebühr würde insoweit ja lediglich eine technisch-organisatorische Folge darstellen. Sowohl von den Strafgegnern, wie auch den Strafbefürwortern wird aber einhellig ein Unterschied angenommen. Dieser kann offensichtlich nur in der Gebühr selbst bestehen, die somit aber mehr als eine Gebühr sein muß, da, wie oben gezeigt, ein Unterschied im Verwaltungsaufwand nicht besteht.

Tatsächlich ist, auch nach der Ansicht der Strafgegner, eine g.V. zu verhängen, wenn der Täter infolge der Häufigkeit der begangenen Übertretungen, oder der mit ihr verbundenen Gefahren einer eindringlichen Ermahnung bedarf[46]. Diese eindringliche Mahnung kann, da sonst kein Unterschied zwischen g.V. und gebührenfreier Verwarnung besteht, nur durch die Gebührenerhebung selbst erfolgen. Aufgabe und Zweck der Gebührenerhebung ist somit, der Verwarnung "nachdrücklichere Beachtung zu verschaffen"[47], um damit eindringlicher auf den Täter einzuwirken[48]. Damit ist aber der Zweck der

---

41) zust. Bode DAR 56, 174 42) H.H. Rupp JuS 67, 163 ff., 165
43) Bode a.a.O.; Lassally, Die Polizei 60, 70
44) Bode a.a.O.; Coring S. 123; Drews-Wacke S. 444
45) Drews-Wacke S. 444; Rotberg § 8, Rdnr. 8
46) Reiff § 31 Erl. I, 4; Drews-Wacke S. 452
47) Reichmann S. 36
48) Schäfer in Löwe-R., § 13 GVG Erl. 4 c; Straub Bad. VerwZ 1929, 99, der allerdings auch fiskalische Gesichtspunkte berücksichtigen will; Bode a.a.O.

Gebührenerhebung nicht mehr die Finanzmittelbeschaffung, was aber Voraussetzung für die Qualifizierung als Gebühr wäre; in den einschlägigen Durchführungsverordnungen[49] wird sogar ausdrücklich die Verhängung einer g.V. aus finanziellen Gründen für unzulässig erklärt. Diese fehlende Zielrichtung verändert somit auch die rechtliche Einstufung der g.V. als Gebühr[50], da ein erzieherisches Moment, von dem die Materialien z.B. zu § 22 StVG eindeutig ausgehen und das auch in der Literatur in weiten Bereichen besonders hervorgehoben wird[51], mit dem sog. Äquivalenzprinzip (s. unten) unvereinbar ist. Gerade diese Bemessungsfrage zeigt auch, daß es sich hier gar nicht um eine Gebühr handeln kann; da diese in der Regel nicht in einem festen Betrag besteht, fragt sich, wonach ihre Höhe bemessen wird. Da in jedem Falle letztlich der Verwaltungsaufwand gleich ist, bleibt somit notwendigerweise nur das begangene Unrecht als Bemessungsgrundlage und Anknüpfungspunkt[52].

Dieses Ergebnis, daß nicht die Finanzmittelbeschaffung Aufgabe der g.V. ist, ihr Zweck vielmehr der ist, der Verwarnung größeren Nachdruck zu verleihen, bestätigen auch die Anordnungen, welche die zuständigen Ministerien über die Anwendung der g.V. herausgegeben haben[53], wonach die Höhe der Gebühren nach der Schwere der begangenen Übertretungen, ihren Auswirkungen und Folgen zu bemessen sind, danach, ob z.B. nur ein Verkehrszeichen verschmutzt ist, oder ob durch die Übertretung die Flüssigkeit des Verkehrs gefährdet ist. Mit der Feststellung, daß die g.V. nach der Schwere der Übertretung zu bemessen ist, wird auch das schon oben erwähnte Äquivalenzprinzip aufgegeben. Dieser Grundsatz verlangt, daß die Gebühren nach dem Umfang und Aufwand der Amtshandlung, dem Wert der Amtshandlung für den Empfänger,

---

49) z.B. Entschließung des Bay MdI zuletzt v. 7.12.61 (MABl. S.764 unter I Ziff.3; Rderl. des Hess. MdI v. 6.11.58 (StAnz. S.1394)

50) Hagedorn DÖV 66, 408; Bartsch DÖV 67, 780; Bode a.a.O. S.174 f.; Haferkorn S.42

51) Lit. s. oben Fußn.2

52) Reichmann S.36; Hagedorn a.a.O. S.408

53) vgl. Entschließung d. Bay MdI a.a.O., Ziff.I,2: "... zum Zwecke der Verhütung weiterer gleichartiger Übertretungen"; Ziff.8 d. Rderl. d. MdI NW v. 5.12.58 (MBl. S.2629; zum "Verwarnungsgeld" des OWiG 1968 vgl. "Allgemeine Verwaltungsvorschriften für die Erteilung einer Verwarnung" des BMV vom 13.12.1968 (BAnz. Nr.253) und Erweitung durch den Bußgeldkatalog in der in Bayern geltenden Fassung (Entschließung d. BStMdI v. 9.12.68, MABl. 637)".

sowie dessen allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnissen zu bemessen ist[54]. Damit stimmt aber nicht überein, wenn Anknüpfungspunkt und Bemessungsgrundlage für die g.V. die Schwere der Übertretung ist. Dieser Einwand gegen die Gebührennatur kann nicht dadurch beseitigt werden, daß man einen gewissen Spielraum für die Gebührenerhebung fordert[55], oder etwa, daß die Gebühr "wirtschaftlich kaum ins Gewicht falle"[56]; denn es bleibt bei der Übertretung als Bemessungsgrundlage[57].

3) Der materielle Rechtscharakter der g.V. wird insbesondere im Hinblick auf § 153 I StPO problematisch[58].

a) Aus der Anlehnung des § 22 StVG an § 153 StPO wird gefolgert, daß durch die Zahlung der g.V. "das öffentliche Interesse an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung in Wegfall gebracht wird"[59]. Die Entscheidung des Verwaltungsbeamten stelle sich als Ausfluß des Opportunitätsprinzips, als des auch der Polizei zustehenden Rechts dar, unter gewissen Voraussetzungen von einer Strafverfolgung abzusehen, weshalb es sich bei der g.V. nicht um eine Strafe oder strafähnliche Maßnahme handeln könne.

aa) Es ist heute h.M.[60], daß § 153 I StPO nicht nur der Staatsanwaltschaft als unmittelbarer Strafverfolgungsbehörde, sondern auch der Polizei eine Entscheidungsgewalt überträgt. Diese Entscheidungsbefugnis ist nicht abhängig von der Kriminalstrafverfügungsgewalt, sondern ergibt sich aus der

---

54) BVerwGE 5, 136, 141; 12, 162, 169; Bachof VerfR. I Nr.303

55) so VGH München BayVBl.65, 100 unter 3 a

56) BVerfGE 22, 125 ff., 130 f. generell für die Gebührennatur

57) Samper, PAG, Art.46 Rdnr.2: man "müßte" die Gebühr als Gebühr behandeln. Gegen eine Gebühr spricht auch, daß bei Nichtzahlung nicht, wie zu erwarten, der Betrag beigetrieben, sondern vielmehr Strafanzeige erstattet wird, Ule-Rasch, § 59 PVG Rdnr.10;

58) Hier soll zunächst nur die g.V. nach § 22 StVG behandelt werden. Bezüglich § 8 OWiG entsteht keine Frage, da § 153 StPO nicht anwendbar ist, Müller-Sax, OWiG § 8 Anm.4; E.Schmidt, Komm.II 1957, StPO § 153 Rdnr.9.

59) "erlösche": Cordier NJW 68, 1124 f.; ähnlich OVG Koblenz NJW 65, 1782; BVerfGE 22, 125 ff., 133: ... und durch eine g.V. beilegen lassen; vgl. Reichmann S.56 m.w.N.

60) z.B. E.Schmidt, Komm., Nachtragsband I, 1967, § 153 Rdnr.10 m.w.N.

eigenständigen Funktion der Polizei als Ermittlungsbehörde, § 163 StPO. Die Abschaffung der Kriminalstrafgewalt durch die Militärbehörden[61] hat daher auf das Recht aus § 153 I keinen Einfluß gehabt[62]. Aus der Tatsache, daß die Polizei grundsätzlich als Strafverfolgungs- und Ermittlungsbehörde tätig wird, erhellt sich jedoch nicht die Rechtsnatur der g.V. Denn unklar bleibt, auf welche Weise das öffentliche Interesse in "Fortfall" gebracht werden kann und wie die Entscheidung rechtlich einzuordnen ist. Selbst wenn man ein öffentliches Interesse dann bejaht, wenn der Sachverhalt, welcher der g.V. zugrundeliegt, in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nicht einfach zu beurteilen ist[63], kann eine solche Schwierigkeit nicht aus der Zahlungsverweigerung durch den Betroffenen entnommen werden. Diese kann zu verschiedenartige Gründe haben, die mit dem Sachverhalt selbst nichts zu tun haben. Die vorhandene oder fehlende Einsichtigkeit oder Hartnäckigkeit des Betroffenen, die nachträglich, d.h. nachdem die Tat geschehen ist, erfolgt, läßt deren rechtliche oder tatsächliche Problematik völlig unberührt. Maßstab für das öffentliche Interesse können nur das Verhalten des Täters zur Zeit der Tat, sowie etwa general- oder spezialpraeventive Gesichtspunkte sein. Nicht aber kann diese Entscheidung auf Grund eines nachfolgenden, mit der Tat selbst außer Zusammenhang stehenden Verhaltens, wie etwa der Nichtzahlung der Gebühr durch den Betroffenen, getroffen werden[64]. Eine solche bedingte Verfahrensentscheidung, bedingt durch ein bestimmtes nachfolgendes Verhalten des Betroffenen, ist, mit Ausnahme von Gnadenentscheidungen, unserem Verfahrenssystem fremd[65]. Die Nichtzahlung kann keinen Einfluß auf das öffentliche Interesse haben[66]. Ihre Berücksichtigung würde letztlich die Beachtung sachfremder Gesichtspunkte bedeuten.

bb) Ausgehend davon, daß über den Strafanspruch nur der Richter entscheiden könne, wird ausgeführt, § 22 II StVG verbrauche nicht diesen, d.h. den Strafanspruch, sondern den Strafverfolgungsanspruch des Staates[67], und an dessen Stelle trete die Befugnis, durch Erteilung einer g.V. verkehrserzieherisch zu wirken. Damit ist letztlich die g.V. nur beschrieben, ohne

---

61) s. oben S. 7 f.
62) vgl. dazu Haferkorn S. 90 - 94
63) Hodler NJW 52, 1364
64) Reichmann S. 57
65) Müller-Sax, § 153 StPO Erl. 2 c; E. Schmidt, a.a.O., Rdnr. 9
66) Reh NJW 52, 1122; Haferkorn S. 96
67) OVG Koblenz NJW 65, 1781

eine Aussage über ihre Rechtsnatur zu machen. Im übrigen ist dieser Versuch, die verfassungsrechtlichen Schwierigkeiten zu umgehen, nicht gelungen. Der Strafverfolgungsanspruch hat unmittelbaren Einfluß auf den Strafanspruch. Mit Verbrauch des ersteren ist auch letzterer verbraucht. Denn ohne Verfolgung kann der Strafanspruch selbst keine Wirkung mehr haben. Die formelle Trennung eines einheitlichen Vorganges bringt sonach keine Lösung[68].

b) Unklar ist in weitem Umfang in der Literatur und Rechtsprechung dieses Verhältnis von § 22 StVG zu § 153 StPO. Meist werden beide Bestimmungen ohne nähere Ausführungen nebeneinander gestellt[69]. Die Unklarheit ergibt sich daraus, daß § 153 StPO und § 22 StVG sich förmlich zu widersprechen scheinen[70].

Auszugehen ist bei der Verhältnisbestimmung dieser beiden Normen von § 153 I StPO. Danach werden, in Abweichung vom Legalitätsprinzip in § 152 StPO, bei geringer Schuld des Täters Übertretungen nicht verfolgt, es sei denn, daß ein öffentliches Interesse an einer gerichtlichen Entscheidung besteht; Verfolgungsverbot[71]. Dieser Regelung gegenüber stellt § 22 StVG keine Abweichung dar, er erfaßt vielmehr lediglich einen Spezialfall, in dem er "leichtere Übertretungen" einer besonderen Behandlung zuweist[72]. Aber auch § 22 liegt die Regelung von § 153 I zugrunde: Bei geringer Schuld des Täters und fehlendem öffentlichen Interesse werden Übertretungen nicht verfolgt. Wenn diese Voraussetzungen vorliegen, muß der Polizeibeamte ohne weiteres von jeder Sanktion absehen[73]. Erst wenn ihr Vorliegen verneint, d.h. wenn z.B. das öffentliche Interesse an einer gerichtlichen Strafverfolgung bejaht wird, erst dann kann der Beamte zu der Prüfung kommen, wie er reagieren will, d.h. entweder mit einer g.V. oder der Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens. Nur mit dieser Interpretation kann das Verhältnis der genannten Bestimmungen sinnvoll geklärt werden. Dafür, d.h. daß § 22 StVG die Untergrenze des § 153 nicht antastet (also nicht dort und nur dort eine g.V. zulässig ist, wo § 153 die gerichtliche Strafverfolgung verbietet), spricht zum einen, daß,

---

68) i.E. Hagedorn DÖV 66, 408 ff., Fußn.24

69) z.B. Schwarz-Kleinknecht, StPO § 153 Erl.1; Müller-Sax StPO § 153 Anm.3

70) Noch deutlicher wird der wörtliche Widerspruch zwischen § 153 I StPO und §§ 46 bayr.PAG, 39 nds SOG; das Fehlen der "unbedeutenden Tatfolgen" in § 153 StPO dürfte keine erhebliche Rolle spielen, da die Tatfolgen bzw. deren Voraussehbarkeit Maßstab für die Schuld ist (E.Schmidt, a.a.O., Erl.5) und somit herangezogen werden kann (Müller-Sax, § 153, 2 c).

71) E.Schmidt a.a.O., Rdnr.3 72) Cordier a.a.O., S.1124

73) Bode DAR 65, 294

im Gegensatz zu § 46 Bayerisches PAG bzw. 24 Bremisches PolG., in § 22 StVG nicht die in § 153 I StPO verwendete Formulierung übernommen wurde, woraus entnommen werden kann, daß diese Bestimmung nicht abgeändert werden sollte. Zum anderen aber und viel entscheidender: Würden durch die g.V. gerade und auch die Fälle erfaßt werden, die durch § 153 StPO von der Verfolgung ausgenommen sind, so hätte das die notwendige Folge, daß der sein Einverständnis mit der g.V. verweigernde Täter auch nicht mit einer gerichtlichen Strafe belegt werden könnte. Die g.V. wäre dann in diesem Fall nur für die "Dummen" da, die sich der g.V. unterworfen haben[74]. Daß der Bundesgesetzgeber eine solche Absicht gehabt hat, kann ihm nicht unterstellt werden[75]. Denn es widerspräche der Einrichtung staatlichen Strafens, ihre Verhängung ausschließlich von dem Einverständnis des Betroffenen abhängig zu machen.

Mit diesem Ergebnis, daß das zuständige Organ zunächst entscheiden muß, ob überhaupt eine Verfolgung stattfinden soll oder ob nicht eine Einstellung erfolgen soll und erst dann entscheidet, ob eine g.V. mit Einverständnis, oder ein gerichtliches Strafverfahren erfolgt, steht die g.V. einer Strafe viel näher, als einer Einstellung[76]. Die Verwaltung entscheidet sich dann durch die Verhängung einer g.V. nicht gegen eine Strafverfolgung[77], sondern vielmehr für den in § 22 StVG geregelten Spezialfall, der, sofern seine Voraussetzungen vorliegen, den § 153 I StPO verdrängt. Damit wird auch hier die Ähnlichkeit der staatlichen Reaktion in Form einer g.V. mit Strafen deutlich.

4) Auf eine Ähnlichkeit mit der Strafe bzw. der Geldbuße weist auch die verfahrensrechtliche Ausgestaltung hin.

a) Nach § 22 I 2 StVG, ebenso nach § 8 II 1 OWiG ist die g.V. nur zulässig, wenn der Betroffene "... mit ihr einverstanden ist". (Entsprechend

---

74) So aber § 46 I und II bayr. PAG; Samper § 46 Rdnr.16: "... nur wegen solchen Übertretungen gebührenpflichtig verwarnt werden kann, deren Verfolgung nach § 153 I StPO ausgeschlossen ist. Und umgekehrt"; Clauss § 39 Erl.3 will die nds. Regelung sogar in diesem Sinne, entgegen dem Wortlaut "mit Rücksicht auf die höherrangige Vorschrift des Bundesrechts" auslegen; ähnlich Dalcke-F., § 153 StPO Erl.1

75) Bode DAR 56, 177, Hagedorn a.a.O., Fußn.30

76) Bode DAR 65, 294

77) so aber VGH München, Bay.VBl. 65, 101

auch die Landespolizeigesetze). Durch dieses Einverständnis, das stets vorbehaltslos und unbedingt erklärt werden muß[78]), willigt der Betroffene in das verkürzte und vereinfachte Verfahren und damit in die Verhängung der g.V. ein. Damit erhält dieses Verfahren Ähnlichkeit mit dem Unterwerfungsverfahren gem. § 67 OWiG 1952[79]). Genauso wie der Betroffene bei Ordnungswidrigkeiten wählen konnte zwischen dem Verfahren der Bußgeldfestsetzung und dem Unterwerfungsverfahren, kann er hier zwischen der Verhängung im regulären Straf- oder Bußgeldverfahren und dem vereinfachten gebührenpflichtigen Verwarnungsverfahren wählen[80]). Diese Entscheidung enthält dann zugleich auch das vorgenannte Einverständnis mit der Belegung mit einer g.V. Diese inhaltliche Gleichheit[81]) von Unterwerfungsverfahren und Verwarnungsverfahren kann nicht damit in Zweifel gezogen werden, daß die Unterwerfung nach § 67 OWiG ausdrücklich einem rechtskräftigen Bußgeldbescheid gleich steht, während eine solche Regelung für die g.V. fehlt[82]). Diese Unterscheidung ergibt sich notwendig aus dem Zweck dieses Rechtsinstitutes, ein besonders schnelles Verfahren zur Ahndung leichterer Übertretungen zu sein. In diesen Fällen "ersetzt" das gebührenpflichtige Verwarnungsverfahren das reguläre Strafverfahren oder Bußgeldverfahren und "verdrängt" es nicht nur[83]). Es übernimmt in den vom Gesetz bestimmten Fällen die Funktionen des regulären Verfahrens und ist damit ein "Bagatellunterwerfungsverfahren"[84]), also eine Ergänzung des § 67

---

78) vgl. etwa Samper Art. 46 Rdnr. 20

79) Das Unterwerfungsverfahren ist allerdings im OWiG 68 beseitigt; für ein solches bestand, nachdem das Gesetz das Bußgeldverfahren schon vereinfacht hat, kein "praktisches Bedürfnis", und zudem beruht dieses Verfahren schon auf dem "Grundgedanken der Selbstunterwerfung" (vgl. OWiG, Amtl. Begründung, BT DrS V, 1269. Einleitung C III, 4, 5). Darüber hinaus meint Göhler, Komm., vor § 65 Ziffer 7, im Hinblick auf BVerfGE 22, 49 ff., 81 f. (Verwerfung des Unterwerfungsverfahrens gem. § 445 AO wegen Verstoßes gegen Art. 19 IV GG), auch dieses Verfahren sei verfassungswidrig. Nach der hier vertretenen Ansicht ist die g.V. voll überprüfbar, so daß Art. 19 IV GG nicht verletzt ist (vgl. auch Bode, unten Fußn. 106).

80) Bartsch a.a.O., S. 781

81) Müller-Sax, OWiG, § 8 Erl. 5, 6

82) Samper, BayVBl. 65, 103

83) wie Samper a.a.O. meint

84) Schwarz-Kleinknecht, StPO, 27., OWiG § 8 Erl. 1; von einem Unterwerfungsverfahren gehen z.B. aus Rotberg § 8 Rdnr. 13: systematisch verwandt; Drews-Wacke S. 449, 452; Bode DAR 56, 176; Floegel-Hartung 15., § 22 Rdnr. 9, VGH München a.a.O. S. 101; neuerdings auch Rebmann, Komm., vor § 56 Rdnr. 1.

OWiG. Das gebührenpflichtige Verwarnungsverfahren ist damit selbstverständlich kein Bußgeldverfahren, soll es gerade nicht sein, da es die Schwerfälligkeit eines solchen Verfahrens vermeiden soll, es übernimmt aber dessen Aufgabe. Diese Ähnlichkeit wird noch verdeutlicht durch die Formulierung von § 8 I OWiG 1952: Danach tritt die g.V. "an die Stelle" einer Geldbuße. Eine solche Regelung ist aber nur verständlich, wenn die Verwarnung grundsätzlich die Funktion der Geldbuße wahrnimmt, d.h. wenn sie zumindest qualitativ gleichartig ist[84a]. Sie ist damit nicht eine Geldbuße oder Strafe[85], sie ersetzt vielmehr diese[86] bei geringem Unrecht als geringere Sanktion und ist damit notwendig mit dieser wesensgleich.

b) Ganz deutlich kommt diese Gleichartigkeit im OWiG 1968 zum Ausdruck. Schon rein äußerlich wird die "unzutreffende und irreführende"[87] Bezeichnung "g.V." aufgegeben, denn der "... Gedanke, einen Verwaltungsaufwand gebührenrechtlich abzugelten, rechtfertigt es jedenfalls nicht, von dem Betroffenen für eine Verwarnung einen Geldbetrag bis zu DM 20.-- zu erheben, namentlich dann nicht, wenn der Geldbetrag nicht nach dem Umfang des Verwaltungsaufwandes, sondern allein danach bemessen wird, welcher Art die Zuwiderhandlung ist und ob der Betroffene wegen der Zuwiderhandlung einen mehr oder minder fühlbaren Denkzettel verdient. Der Entwurf ersetzt daher die Bezeichnung "Gebühr" durch "Verwarnungsgeld". Damit wird die dem Betroffenen auferlegte geldliche Einbuße, die der Verwarnung Nachdruck verleihen soll, ihrer Art nach hinreichend deutlich gekennzeichnet"[88]. § 56 III 2 OWiG 68 sagt ausdrücklich: Kosten (Gebühren und Auslagen) werden nicht erhoben. Damit wird endgültig der "Gebühr" eine Absage erteilt[89]; zugleich wird aber auch der Ahndungscharakter der

---

84a) Die g.V. als Geldbuße qualifizieren z.B. Lassally, Die Polizei 60, 70; ähnlich Haferkorn S. 55 ff.

85) wie Müller-Sax, OWiG, § 8 Erl. 3 meint

86) Rotberg § 8 Rdnr. 2

87) Haferkorn S. 46; Hagedorn DÖV 66, 408; Bartsch DÖV 67, 780

88) Amtl. Begründung zum OWiG 1968, BT DrS V, 1269, S. 84

89) Zwar läßt es die Amtl. Begründung a.a.O. ausdrücklich auf sich beruhen, ob die Bedenken in Lit. und Rspr. gegen die "Gebühr" der bisherigen g.V. berechtigt sind; da aber mit dem Verwarnungsgeld nicht ein neues Rechtsinstitut geschaffen wird, sondern das bisherige Verfahren, noch weiter vereinfacht, übernommen und nur der Name geändert wird, spricht sich der Entwurf tatsächlich gegen die "Gebühr" aus.

geldlichen Einbuße bejaht, da, nachdem das einzige bzw. Hauptargument der Strafgegner, die Gebühr, weggefallen ist, eine andere Erklärung nicht mehr möglich ist. Das "Verwarnungsverfahren", §§ 56 ff. OWiG 68, 27 StVG, soll im äußersten Bagatellbereich der Ordnungswidrigkeiten[90] aus pragmatischen Gründen[91] zur Vermeidung des unverhältnismäßigen Verwaltungsaufwandes eines Bußgeldverfahrens eine vereinfachte und erleichterte Ahndung geringfügiger Ordnungswidrigkeiten ermöglichen[92]. Da es sonach nur darum geht, ein schnelles Verfahren bei "geringfügigen" Ordnungswidrigkeiten, § 56 I 1 OWiG, zu schaffen, kann es sich bei dem entsprechend geringfügigen Verwarnungsgeld nur um eine Bagatellgeldbuße handeln, die sich nur quantitativ von der "normalen" Geldbuße unterscheidet. Die "gebührenpflichtige Verwarnung" ist sonach ebenfalls eine Strafe.

c) Auf die Strafnatur der g.V.[93] weist weiter auch ihre Rechtskraftwirkung hin, die deutlich Parallelen zur Rechtskraftwirkung gerichtlicher Strafurteile besitzt.

Gem. § 22 II StVG kann nach Zahlung der Gebühr die Zuwiderhandlung nicht mehr als Übertretung verfolgt werden. Fraglich ist, ob diese Regelung wegen der rechtskräftigen Entscheidung einen Strafklageverbrauch bewirkt[94] oder ein Verfahrenshindernis eigener Art[95] bedeutet.

Nach dem verfassungskräftigen Rechtssatz des Art. 103 III GG, wie er in der Rechtsprechung und Lehre seine Ausprägung gefunden hat, kann nicht ein und dieselbe Tat Gegenstand eines erneuten Strafverfahrens sein. Durch diesen Grundsatz des "ne bis in idem" wird somit der staatliche Strafanspruch wegen desselben geschichtlichen Vorkommnisses durch das strafrichterliche Urteil verbraucht. Für die Besonderheit des gerichtlichen Strafbefehls wurde dieser Rechtssatz eingeschränkt. Dem summarischen Charakter dieses Verfahrens sollte Rechnung getragen werden. Dies erfolgte in der Weise, daß nicht über "dieselbe Tat" unter jedem rechtlichen Gesichtspunkt rechtskräftig entschieden wird. Vielmehr soll das Interesse des Einzelnen an der Rechtssicherheit zurücktreten zugunsten des öffentlichen Interesses an einer gerechten

---

90) EGOWiG, Amtl. Begründung, BT DrS V, 1319, S. 93
91) OWiG, Amtl. Begründung, a.a.O., S. 85
92) vgl. Rebmann, Komm. vor § 35, Rdnr. 9; OWiG, Amtl. Begründung S. 83 f.
93) Aus Gründen der Einheitlichkeit wird im folgenden die Bezeichnung g.V. beibehalten.
94) OLG Stuttgart NJW 59, 1380 f.
95) BGHSt 17, 101, 104; Bay ObLG NJW 60, 879; ohne nähere Auseinandersetzung auch BVerfGE 22, 125 ff., 132 f.

Bestrafung. "Die Rechtskraft reicht daher nicht weiter als der Inhalt des Strafbefehls. Rechtskräftig kann also nur die Feststellung werden, die im Strafbefehl getroffen wird. Insoweit trifft auch der Strafbefehl eine endgültige Entscheidung"[96]. Diese besagt nur, daß das angegebene Strafgesetz verletzt ist. Andere rechtliche Gesichtspunkte (welche die Strafbarkeit erhöhen) können daher Gegenstand eines neuen ordentlichen Strafverfahrens sein[96].

Vergleicht man damit die Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu § 22 II StVG[97], so zeigen sich keine grundsätzlichen Unterschiede. Auch hier gilt, daß das Gericht nur an die von der g.V. erfaßten rechtlichen Feststellungen gebunden ist. "Alles, was außerhalb dieses Umfangs liegt, etwa weil das gerügte Verhalten zugleich gegen eine weitere in der g.V. nicht bezeichnete Übertretungsvorschrift verstößt, unterliegt uneingeschränkt der strafgerichtlichen Verfolgung"[98]. Bindend und damit insoweit auch rechtskräftig ist auch nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs die g.V. bezüglich des gerügten Umfanges in gleicher Weise wie beim Strafbefehl. Der Bundesgerichtshof a.a.O. bezeichnet diese Wirkung letzten Endes auch nur deshalb als "Verfahrenshindernis eigener Art", weil s.E. nur der Richter strafen dürfe. Deshalb könne, da die g.V. nur ein Verwaltungsakt sei, diese nicht dieselben Wirkungen haben, wie ein Strafbefehl. Diese Ansicht kann aber nichts daran ändern, daß tatsächlich, auch nach Ansicht des Bundesgerichtshofs, die g.V., wenn auch in eng begrenztem Umfang, insoweit den staatlichen Strafanspruch verbraucht. Letzten Endes erkennt das auch die Entscheidung an, da sie rechtsstaatliche Bedenken gegen eine "Verdrängung" des staatlichen Strafanspruches (!) zurückstellte, "weil der damit verbundene Eingriff in die staatliche Strafrechtspflege (!) sich auf das Gebiet von Bagatelldelikten beschränkt und in engen Grenzen hält"[99].

Zuzugeben ist allerdings, daß diese Regelungen, insbesondere § 22 II StVG, keinen Beweis für den Strafcharakter der g.V. darstellen, da der

---

96) BVerfGE NJW 54, 69 f.

97) BGHSt 17, 101, so auch die h.M., vgl. E.Schmidt Komm. 1967 Teil II StPO § 153 Rdnr.7 m.w.N.

98) BGHSt 17, 101

99) Eine solche "relative Rechtskraft" der g.V. bejahen z.B.: Rotberg § 8 Rdnr.14; Müller-Sax § 8 Erl.4; ebenso für § 56 IV OWiG 68: Rebmann, Komm., § 56 Rdnr.19,21; Göhler Komm., § 56 Erl.11 B; Bode, Darstellung, S.155 .... kann nichts anderes gelten ... als für die Rechtskraft von Strafbefehlen. (§ 56 IV stimmt mit § 8 OWiG 52 sachlich überein).

Gesetzgeber, auch wenn die g.V. keine Strafe ist, ein Verbot erneuter Verfolgung der Tat nach Zahlung anordnen kann[100]. Damit bleibt aber Sinn und Zweck der Gebühr, Gebühr für eine Einstellung (?), unklar. Die strafklageverbrauchende Wirkung der g.V. in der Rechtswirklichkeit erhält tatsächlich nur dann ihre innere Rechtfertigung, wenn man sie als Ausfluß von Art. 103 III GG ansieht, so daß § 22 II StVG (entsprechend auch § 8 III OWiG) durch den Wortlaut und die ausdrückliche Formulierung letztlich die Bestätigung der Strafnatur der g.V. bedeutet[101].

c) Zu untersuchen ist, ob sich in einem anschließenden Rechtsmittelverfahren eine Parallele zum regulären Strafverfahren aufweisen läßt.

aa) Insoweit steht jedoch ein Teil der insbesondere älteren Literatur auf dem Standpunkt, daß gegen eine g.V. ein Rechtsmittel überhaupt nicht gegeben ist. Begründet wird diese Ansicht damit, daß das für jede g.V. notwendige Einverständnis mit ihr (§ 22 I 2 StVG: "Die Verwarnung ist nur zulässig, wenn der Betroffene ... mit ihr einverstanden ist") einen Rechtsmittel- und Rechtsbehelfverzicht enthalte[102] und "die aus freiem Willen erklärte Zustimmung zu der Regelung und die gleichzeitige Behauptung einer rechtswidrigen Beschwer durch sie schließen sich gegenseitig aus ... Es kann ... nichts anderes gelten wie bei einem Verwaltungsakt, der auf Antrag des Betroffenen mit dem von ihm begehrten Inhalt erlassen wird"[103].

Diese scheinlogische Argumentation[104] hält jedoch einer Überprüfung nicht stand. Denn zum einen erfolgen Einverständnis und Anfechtung keineswegs gleichzeitig, sondern nacheinander (notwendigerweise), zum anderen kann die g.V. nicht einem antragsgemäßen Verwaltungsakt gleichgesetzt werden, da es sich bei diesem um einen Akt der leistenden Verwaltung handelt, während die g.V. zweifellos in den Bereich der Eingriffsverwaltung gehört[105].

---

100) Haferkorn S. 52 f.

101) Bode DAR 56, 177; zust. Hagedorn a.a.O., S. 409, Bartsch a.a.O. S. 780 Fußn. 15

102) W. Schneider § 8 Anm. 6; Clauss § 39 Erl. 1 b; Altmeyer-De Clerck § 63 Erl. 9; Drews-Wacke S. 449 mit der Einschränkung, daß ein Rechtsmittelverzicht nur gegenüber einer ordnungsgemäßen (!) g.V. anzunehmen sei; Schiedermair S. 141

103) VGH München BayVBl. 65, 101; BVerwG NJW 66, 1426; Göhler, Komm., § 56 Erl. 8

104) Bartsch a.a.O., S. 781

105) OVG Koblenz NJW 65, 1783; Bode DAR 65, 296 f.

Weiter bezieht sich das Einverständnis nur darauf, daß der Betroffene statt mit einer Geldbuße oder Geldstrafe mit einer g.V. belegt wird; es bedeutet nur die Wahl des als geringer empfundenen Übels[106]). Die Entscheidung, ob der Betroffene überhaupt mit einem Übel belegt wird, steht ihm überhaupt nicht zu, so daß auch insoweit eine Freiwilligkeit entfällt[107]). Eine weitere Wirkung als diese Wahl hat das Einverständnis selbst nicht.

Weder in dem Einverständnis, noch auch in der Gebührenzahlung kann aber eine schlüssige Rechtsmittelverzichtserklärung gesehen werden[108]). Wegen der weitreichenden Wirkung einer solchen Verzichterklärung könnte eine solche konkludente Willenskundgabe nur dann angenommen werden, wenn der Betroffene sich über Art, Umfang und Befristung eines solchen Rechtsbehelfes im klaren wäre. Eine solche Kenntnis wird ihm jedoch mangels genauer Unterrichtung über seine Rechte i.d.R. fehlen, so daß auch ein entsprechender Verzichtswille entfällt. Der Betroffene wird vielmehr davon ausgehen, daß er zur Zahlung verpflichtet ist und nur deshalb wird er auch zahlen[109]). Im übrigen ist aber daraufhinzuweisen, daß auch in der Bezah-

---

106) Bartsch DÖV 67, 781; Bode DAR 58, 1, ders. DAR 69, 59; Einverständnis enthält kein "Geständnis", sondern nur Verfahrenswahl; Bode, a.a.O. S.60, weist auch zutr. darauf hin, daß das BVerfG in E 22,125 ff. einen Rechtsschutzausschluß nicht bejaht haben kann, nachdem es 4 Wochen zuvor in E 22, 49 ff. das Unterwerfungsverfahren im Steuerstrafrecht als mit Art.19 IV GG unvereinbar verworfen hat; Rebmann, Komm., § 56 Erl.12: setzt nicht voraus, daß der Betroffene die Ordnungswidrigkeit einräumt.

107) OVG Koblenz NJW 65, 1782

108) so aber OVG Saarlouis VerkMitt 63, 73; VGH München a.a.O. S.101 geht davon aus, daß eine solche erfolgt, da die g.V. ja eine "endgültige Erledigung" bedeute; darüber sei sich auch der Betroffene im klaren. - Von einer solchen Klarheit kann aber keine Rede sein (s. Text). Soweit sich das Gericht auf die Motive zu § 22 StVG beruft, der Gesetzgeber könne nicht die Strafgerichte entlasten und die Verwaltungsgerichte belastet haben wollen, ist dem mit Samper (BayVBl 65, 103, Anmerkung zu diesem Urteil) entgegenzuhalten, daß auch dieser (unterstellte) Gesetzgeberwille seine Grenze an Art.19 IV GG findet.

109) Bode DAR 58, 4; 65, 297; OVG Koblenz NJW 65, 1781: Belehrung nur über Verfahren, wenn sich der Betroffene nicht verwarnen läßt, nicht aber bei Verwarnung.

lung einer Geldstrafe oder der Gerichtskosten kein Rechtsmittelverzicht gesehen werden kann[110].

Schließlich müßte ein in dem Einverständnis liegender Rechtsmittelverzicht im voraus erklärt werden. Denn das Einverständnis wird notwendig vor Gebührenfestsetzung erklärt, während das Rechtsmittel erst danach entsteht. Ebenso wie im Strafrecht ein solcher Verzicht auf künftige Rechte nicht möglich ist[111], kennt auch das Verwaltungsrecht einen solchen Verzicht nicht[112]. Der Grund hierfür liegt nicht zuletzt darin, daß ein solcher Verzicht den Betroffenen unzulässig zu einer überstürzten Entscheidung zwingen würde, ohne daß er sich in Ruhe die Erfolgsaussicht eventueller Rechtsmittel, u.U. zusammen mit einem Anwalt (§ 137 StPO), überlegen kann[113].

Das Einverständnis bzw. die darin liegende Unterwerfung schließt aber auch eine Rechtsverletzung (und damit ein Rechtsmittel) des Betroffenen nicht aus[114] und bewirkt auch keine Heilung von Rechtsmängeln der g.V.[115]. Denn eine Rechtsbeeinträchtigung ist grundsätzlich unabhängig von dem Willen des Betroffenen (dadurch kann nur die Rechtswidrigkeit entfallen) und schließlich steht auch ein Staatsakt, die g.V., nicht zur Disposition des Betroffenen, dieser kann aus einem fehlerhaften keinen fehlerfreien Staatsakt machen[116].

bb) Soweit Rechtsmittel gegen die g.V. bejaht werden, wird als Rechtsmittelgericht das Verwaltungsgericht bezeichnet (die Frage, in welchem

---

110) Dalcke-F., StPO § 302 Erl. 2; so aber die g.V.: Clauss § 39 Erl. 1 b; Stoecker § 75 Anm.

111) h.L., E. Schmidt, Komm., StPO, § 302 Rdnr. 4 m.w.N.; ein solcher ist frühestens nach Erlaß der anzufechtenden Entscheidung möglich, OLG Hamm NJW 57, 883.

112) vgl. Jellinek §§ 9 IV, 7; 75 V

113) Bode DAR 58, 4

114) so aber Rotberg 1. Aufl., § 8 Rdnr. 12; in der 3. Aufl., § 8 Rdnr. 12 heißt es allerdings: "... schließt ... eine Berufung auf (die) Rechtsverletzung aus".

115) so aber Rotberg § 8 Rdnr. 15, wo er sich allerdings selbst widerspricht: "jeder, insbesondere der Verwarnte (könne sich) auf die Unwirksamkeit" berufen.

116) zust. Bode a.a.O.; Haferkorn S. 102; a.A. noch weiter Drews-Wacke, S. 452, wonach sich verfassungsrechtliche Bedenken gegen die g.V. "überwinden" lassen, indem man auf den ausdrücklichen Verzicht des Betroffenen auf ein Gerichtsverfahren hinweist; hiergegen ausdrücklich Hagedorn a.a.O., S. 410

Umfang eine gerichtliche Nachprüfung erfolgt, kann hier dahinstehen[117]). Als Begründung dafür wird die Verwaltungsaktnatur der g.V., die mangelnde gesetzliche Regelung und schließlich die verwaltungsgerichtliche Generalklausel, § 40 VwGO, angeführt[118].

Daß allein aus der Verwaltungsaktnatur keine Begründung für die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte entnommen werden kann, zeigt schon das OWiG selbst, da nach h.M. die Geldbuße ein Verwaltungsakt ist und dennoch die ordentlichen Gerichte bei der Überprüfung zuständig sind (§§ 55, 75 OWiG). Dem könnte allerdings entgegengehalten werden, daß die Regelung des OWiG eine Ausnahme darstellt; da für die g.V. eine solche Regelung nicht vorläge, würden wieder die Grundsätze des § 4o VwGO eingreifen[119]; es geht letztlich um die Frage, der Anwendung der Grundsätze der Gesetzesanalogie oder des Umkehrschlusses.

Die Regelungen, die das Straßvenverkehrsgesetz im ersten Abschnitt, "Verkehrsvorschriften", getroffen hat, wenden sich nach zwei Richtungen. Zum einen gegen die Verwaltung, welcher sie die Voraussetzungen wie auch die Grenzen ihres Handelns vorschreiben. Zum anderen gegen den Bürger, dem sie ebenfalls Voraussetzungen und Grenzen des rechtlich Erlaubten aufzeigen. Insoweit ist dieser erste Abschnitt der allgemeine Teil des Straßenverkehrsrechts. Sowohl der zweite, wie auch der dritte Abschnitt des Gesetzes richtet sich nur (Ausnahme § 20) gegen den Bürger, der (u.a.) gegen die Verkehrsvorschriften verstoßen hat. Der zweite Abschnitt enthält Regelungen zum Schadensausgleich, die ihrer Natur nach vor die ordentlichen Gerichte gehören. Der dritte Abschnitt enthält Unrechtsfolgen nicht zivilrechtlicher Art und zwar in erster Linie Kriminalstrafandrohungen, die vor die ordentlichen Strafgerichte gehören. Würde die dazu "eingeschobene"

---

117) vgl. dazu einerseits Bode DAR 65, 297; 58, 4; Bartsch DÖV 67,780 f.; andererseits VGH München BayVBl. 65,101 f.; BVerwG NJW 66,1426

118) Rotberg § 8 Rdnr. 15; Hagedorn a.a.O., S.409; Haferkorn S.103, obwohl er die entsprechende Anwendung von § 66 OWiG bejaht, wonach in bestimmten Fällen gerade die ordentlichen Gerichte zuständig sind; BVerwG NJW 66, 1426: obwohl es den Zweck von § 22 StVG in der Entlastung der Strafgerichte sieht; VGH München BayVBl. 65, 100 f.; OVG Koblenz NJW 65, 1782 ff.; Kohlhaas OWiG (52) § 8 I 6, ebenso OWiG (68), § 56, 3b; Schwarz-Kleinknecht OWiG § 8 Erl. 2; früher auch Bode DAR 58, 3 ff.

119) so etwa VGH München a.a.O. unter 3b; Rotberg § 75, Anm.; Bartsch a.a.O., S.781, obwohl er die g.V. als "Strafersatz" bezeichnet.

g.V. im Falle der Anfechtung vor die Verwaltungsgerichte gehören, so würde das eine Systemwidrigkeit bedeuten, da sämtliche übrigen, in diesem Gesetz geregelten Unrechtsfolgen im Streitfalle vor die ordentlichen Gerichte gehören. Es kann und muß daher dem Gesetz entnommen werden, daß über alle von dem Bürger begangenen Rechtsverletzungen im Streitfalle die ordentlichen Gerichte entscheiden. Das muß daher auch für die g.V. gelten, auch wenn es für sie nicht besonders ausgesprochen ist, da insoweit der "Wille (des Gesetzgebers) eine bestimmte Rechtsmaterie in ihrer Gesamtheit einem anderen Gerichtszweig zuzuweisen, aus der gesetzlichen Regelung zu erkennen ist"[120]. Wenn der Verwaltungsgerichtshof München erklärt, der Wille des Gesetzgebers lasse sich nicht dahin bestimmen, "daß für alle sich aus (dem) ... Gesetz ergebenden gerichtlichen Verfahren ausschließlich die ordentlichen Gerichte zuständig sein sollen"[121], so ist dem allerdings zuzustimmen, z.B. bei Verstößen der Verwaltung gegen Vorschriften aus dem ersten Abschnitt. Insoweit hat aber der Gesetzgeber keinerlei Regelungen über die Folgen eines solchen Unrechts getroffen, so daß in diesem Bereich die allgemeinen Grundsätze eingreifen. Für die g.V. hat er aber teilweise verfahrensrechtliche Regelungen geschaffen; aus dem Zusammenhang mit den übrigen Regelungen bei Rechtsverstößen durch die Bürger ergibt sich, daß diese Regelungen auch auf die g.V. anzuwenden sind. Sonach ist Rechtsmittelgericht das ordentliche Strafgericht. Für eine solche Gleichbehandlung von g.V. und Strafen spricht schließlich auch die Überschrift des III. Abschnitts: "Strafen und gebührenpflichtige Verwarnungen"[122].

Eine ähnliche Einheitlichkeit kann ebenso dem OWiG entnommen werden. Soweit gerichtliche Zuständigkeiten geregelt sind, sind immer die ordentlichen Strafgerichte zuständig. In § 75 des Gesetzes wird sogar ausdrücklich die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte verneint, eine Regelung, die, wie Rotberg[123] erklärt, weit auszulegen ist. Auch hier wäre es eine Systemwidrigkeit, wenn allein wegen des Fehlens einer ausdrücklichen Regelung für die g.V. die Nachprüfung derselben, obwohl sie die Geldbuße ersetzt und damit gleichartig sein muß, durch ein Verwaltungsgericht erfolgen würde.

Abgesehen von diesen dogmatischen Gründen sprechen auch rein pragmatische Erwägungen für die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte, da sonst eine Zweispurigkeit des Rechtswegs eintreten würde: Zum einen besteht, da die g.V.

---

120) BVerwG NJW 63, 72;
121) VGH München a.a.O.
122) i.E. Bode DAR 65, 296
123) § 75 Anmerkung

in einem Unterwerfungsverfahren verhängt wird, die Möglichkeit einer Wiederaufnahme nach § 66: Ordentliche Gerichte; zum anderen bestünde die normale Anfechtungsmöglichkeit vor den Verwaltungsgerichten (eine solche Zweispurigkeit würde sich weiter ergeben: Bei Einverständnis mit der g.V. bestünde die Möglichkeit der Anfechtung vor den Verwaltungsgerichten; bei fehlendem Einverständnis erfolgte u.U. richterliche Strafentscheidung, wogegen Rechtsmittel zu den ordentlichen Strafgerichten gegeben wären.) Da aber in ein und derselben Sache nicht mehrere Wege zu verschiedenen Gerichten offenstehen[124]) können, muß auch hier das Verfahren vor den ordentlichen Gerichten als das am "besten geeignete Verfahren"[125]), angesehen werden[126]). Dafür spricht, daß das Verwaltungsgerichtsverfahren für eine solche Überprüfung ungeeignet ist (ganz anders geartetes Verfahren) und daß Verwaltungsgerichte Staatsakte auch nur aufheben können, ohne selbständig z.B. eine Strafe auszusprechen (so daß auch insoweit zwei Gerichtsarten erforderlich wären).

Das auf Grund vorstehender Überlegung gefundene Ergebnis, daß für die g.V. und den Bußgeldbescheid ein einheitliches Rechtsmittelgericht besteht, findet seine Bestätigung durch das OWiG 1968. Gemäß § 62 I OWiG 68 kann gegen "... Maßnahmen, die von der Verwaltungsbehörde im Bußgeldverfahren getroffen werden, ... gerichtliche Entscheidung ..." beantragt werden, die gemäß §§ 62 II 1, 68 OWiG durch das ordentliche Gericht, Amtsgericht, ergeht. Zu diesen Maßnahmen gehört auch die g.V., das Verwarnungsgeld, da es eine Verfügung i.S. einer rechtlichen Regelung beinhaltet. Es ergeht auch "im Bußgeldverfahren". Zwar wird die g.V. nicht im förmlichen Bußgeldverfahren verhängt, da ein Bußgeldbescheid nicht ergeht; sie ergeht abergleichwohl "im Bußgeldverfahren". Das ergibt sich gesetzessystematisch daraus, daß das Verwarnungsverfahren im 2. Teil des OWiG 68 geregelt ist und zwar im Abschnitt über das "Bußgeldverfahren". Das Verwarnungsverfahren gehört

---

124) BGHSt 13, 102 ff., 120

125) BGHZ 5, 50

126) so Müller-Sax § 8 Erl.6, § 67 Erl.5b, auch zum Vorherigen. Ähnlich auch Bode DAR 65, 296 unter ausdrücklicher Aufgabe seiner früherren Ansicht (Fn.118). Müller-Sax a.a.O. weist zudem noch daraufhin, daß für das früher zulässige Unterwerfungsverfahren im Steuerstrafrecht, § 445 AO, gleichfalls der Weg zu den ordentl. Gerichten möglich war (dazu BGH NJW 68, 1959); ebenso Rebmann, Komm., § 56 Rdnr.22 (für das OWiG 68)

daher auch zum Bußgeldverfahren, so daß gegen die g.V. das Amtsgericht angerufen werden kann[126a]. - Diese Regelung entspricht der gesamten Tendenz des OWiG 68, eine möglichst einheitliche Verfahrensgestaltung zu schaffen[126b]. In diesem Sinne wird durch § 62 OWiG 68 als einem umfassenden Rechtsbehelf für die g.V. wie für alle anderen selbständigen Maßnahmen im Bußgeldverfahren der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten und damit ein doppelspuriges Verfahren ausgeschlossen[126c]. Wie gegen die Geldbuße, § 67 OWiG 68, soll auch gegen die g.V. allein und ausschließlich der einheitliche Rechtsweg zu den ordentlichen Strafgerichten offenstehen. Damit weist aber im Ergebnis ein Vergleich der verfahrensrechtlichen Behandlung der Rechtsbehelfe gegen eine g.V. mit denen gegen eine Geldbuße bzw. Geldstrafe daraufhin, daß zwischen allen eine Gleichartigkeit bestehen muß.

5) Nachdem bisher dargelegt wurde, daß mit der g.V. nicht eine Gebühr im Rechtssinne verhängt wird und weiter, daß sich aus der Verfahrensregelung die Straf(Geldbuße = Strafe)-natur ergibt, ist noch zu zeigen, daß sich auch im übrigen der Strafcharakter der g.V. nicht leugnen läßt.

a) Zieht man die Materialien zu § 22 StVG heran, so wird deutlich, daß Zweck der Einführung der g.V. keineswegs der Erlaß einer Verwarnung war, die, weil Verwaltungshandeln, gebührenpflichtig ist; Ziel war vielmehr, gegen leichteres Fehlverhalten der Verkehrsteilnehmer vorzugehen, ohne daß für solche Bagatellsachen ein gerichtliches Verfahren erforderlich ist: "Das Anwendungsgebiet der g.V. sollte zur Entlastung der Gerichte und zur Beschleunigung der Ahndung dadurch erweitert werden, daß die in § 22 StVG ... vorgesehene Gebühr auf einen Höchstsatz von DM 5.-- festgesetzt wird"[127]. Ziel war also nicht die Beseitigung von Strafen schlechthin, sondern vielmehr die Entlastung der Gerichte von Bagatellsachen. Ihre V e r f o l g u n g, nicht die E i n s t e l l u n g sollte den Verwaltungs-Polizeibehörden übertragen werden, indem diese mit der Ahndung betraut werden. Gesetzgeberisches Ziel

---

126a) Rebmann, Komm., § 56 Rdnr.22; Göhler, Komm., § 62 Anm.3 C; Bode S.123, 136

126b) vgl. weiter §§ 103 I Nr.2, 3 i.V.m. 104 I Nr.2,100 II 1,108 I 2; vgl. OWiG 1968, Amtliche Begründung, BT DrS V, 1269, Einleitung B I, C III 3.

126c) Göhler, Komm., § 62 Anm.1; Rebmann, Komm., § 62 Rdnr.1

127) Amtl. Begründung zum Maßnahmegesetz v. 16.7.57 (BGBl. I,710), BT DrS II,1265 S.11; das VGH München a.a.O. beruft sich demgegenüber für den nicht ahndenden Charakter der g.V. auf das Verkehrssicherheitsgesetz vom 19.12.52 (BGBl.I,832) Amtl.Begr. BT DrS I,2674,S.7. In dem späteren Gesetz wird aber das "Ahnden" ausdrücklich betont.

der Einführung der g.V. war sonach das Abgelten einer Übertretung, ihre Ahndung.

b) Von sämtlichen Strafgegnern wird, nicht zuletzt, um den angeblichen verfassungsrechtlichen Bedenken aus Art. 92 GG zu entgehen (s. dazu später), das verkehrserzieherische Moment der g.V. hervorgehoben. Es wird erklärt, die g.V. sei eine praeventiv-polizeiliche Maßnahme, die zum ureigenen Polizeiaufgabenbereich gehöre[128]; es sei eine verkehrserzieherische Maßnahme durch einen polizeilichen Verwaltungsakt[129].

Mit der Erklärung, daß solche erzieherischen Momente, von denen auch die Motive z.B. zu § 22 StVG ausgehen, das Wesen der g.V. ausmachen, ist jedoch keine Aussage g e g e n den Strafcharakter der g.V. gemacht, da weiterhin die Frage bestehen bleibt, ob n u r diese Momente die g.V. charakterisieren.

Es ist heute h.M., daß der Strafe neben ihrer ahndenden oder vergeltenden Funktion auch pareventive und zwar sowohl spezial- wie auch generalpraeventive Aufgaben zukommen[130]. Sinn und Zweck dieser kriminalpolitischen Aufgabe der Strafe ist es, sowohl auf die Allgemeinheit wie auch den Einzelnen eine warnende Wirkung auszuüben und mittelbar auf diesem Wege für die Zukunft erzieherisch die Gesamtheit, wie auch den einzelnen Täter zu beeinflussen. Dabei ist das Gewicht dieser einzelnen Aufgaben der Strafen je nach der Eigenart und Schwere der begangenen Tat verschieden groß und insbesondere der Wirkungsbereich verschieden.

Daß bei einer Verkehrsstraftat durch eine ahndende Unrechtsfolge hauptsächlich auf dem Gebiet der V e r k e h r s s i c h e r h e i t eine erzieherische Wirkung ausgeübt wird, versteht sich von selbst. Eine solche Sanktion, wie

---

128) OVG Koblenz NJW 65, 1781 f.; VGH München, BayVBl. 65, 100, dort nicht abgedruckt, zit. nach Bode DAR 65, 293

129) Ule-Rasch, PVG § 59 Rdnr. 8; Floegel-Hartung, § 22 Erl. 2; Lucas, Polizei Praxis 52, 134; Müller 21., StVG § 22 Anm. 22 § 27 Rdnr. 2; Drews-Wacke S. 450 für die landesrechtliche g.V., während die bundesrechtliche g.V. "Sühne einer strafrechtlichen Tat" sei, S. 452; Samper Art. 46 Erl. 9 ff., trotz erheblicher Zweifel (s. später); BGHSt. 17, 101 ff., 109; BVerwG NJW 66, 1426; Neuerdings auch BVerfGE 22, 125 ff., 131: praeventiv zur Aufrechterhaltung der Verkehrsdisziplin; Reiff § 31 I, 1 und 2.

130) vgl. etwa Jagusch LK, Anm. B I, 2 vor § 13; Schönke-Schröder Rdnr. 4 ff. vor § 13

gerade die g.V., ist aber nicht deshalb, weil auch die Polizei, als Hüterin von Sicherheit und Ordnung, in diesem Bereich für die Gefahrenabwehr zu sorgen hat, eine "ureigene" polizeiliche Aufgabe. Dagegen spricht auch die "geringe Schuld" bei der g.V., denn "ausschließlich vorbeugende polizeiliche Maßnahmen"[131] sind unabhängig von Schuld und Verantwortung[132]. Ebenso kann, was gerade bei geringfügigen Verkehrstaten der Fall ist, der vergeltende Charakter zugunsten von erzieherischen Funktionen zurücktreten. Das ändert aber nichts daran, daß auch bei solchen Taten geahndet und das begangene Unrecht vergolten wird. Dieses Moment darf auch bei diesen Taten nicht fehlen. Mit dieser einseitigen Überbetonung der praeventiven Aufgabe der g.V. durch die Literatur wird keine Aussage gegen den Strafcharakter der g.V. gemacht. Denn jede Strafe erstrebt letztlich Erziehung[133].

c) Gegen den Strafcharakter spricht aber ganz sicher auch nicht zum einen das erforderliche Einverständnis des Betroffenen[134], denn Sinn und Zweck einer Strafe werden nicht von dem Verfahren bestimmt, in welchem sie ausgesprochen wird[135]. Gegen die Strafnatur spricht zum anderen ebenso nicht, daß die g.V. als Verwaltungsakt bezeichnet wird[136]. Denn auch das wirkliche Zwangsgeld (s. dazu unten § 4) wird durch einen Verwaltungsakt verhängt, es verliert aber dadurch seinen Charakter als Zwangsmittel nicht. Letztlich ist der Verwaltungsakt ein mehr technischer Oberbegriff für alles regelnde Handeln der Verwaltung. Er besagt aber über Zweck und Inhalt des einzelnen Staatsaktes nichts. Insoweit ist deshalb die Aussage des Bundesverfassungsgerichts[137] überspitzt, wenn es ausführt, daß die g.V. ein Verwaltungsakt sei und dieser verfassungswidrig wäre, sofern die g.V. eine Strafe wäre. In der Rechtswirklichkeit enthält der Verwaltungsakt keine Aussage über seinen Inhalt. Es kann deshalb auch eine Strafe in Form eines Verwaltungsaktes verhängt werden[138], sofern verfassungsrechtlich die Verwaltung strafen

---

131) Samper Art.46 Rdnr.9

132) Samper Art.46 Rdnr.14

133) zust. Bode DAR 65, 293; Haferkorn S.53

134) so aber VGH München zit. nach Bode DAR 65, 293 f.; Reiff § 31 Erl.I, 2; Altmeyer-De Clerck 63 Erl.1

135) Bode DAR 65, 294

136) denn auch die Literaturmeinungen, welche die g.V. als Strafe bezeichnen, gehen von ihrer Verwaltungsaktnatur aus, so z.B. Bode DAR 58,1; 65, 296

137) E 22, 125 ff., 131

138) BGH NJW 59, 1231; alle Straffestsetzung im Verwaltungsverfahren erfolgt durch Verwaltungsakt: Bode DAR 58,1

kann. (Aus dieser Fragestellung heraus ist wohl das Bundesverfassungsgericht zu verstehen[139].)

d) Tatsächlich ist der Strafcharakter der g.V. nicht zu leugnen. Ihr Hauptgewicht liegt nicht auf der Verwarnung, für die eine Gebühr erhoben wird. Den eigentlichen Inhalt erhält die g.V. vielmehr durch die "Gebühren"-festsetzung, welche im Vordergrund steht[140]. Wie immer man Inhalt, Wesen und Aufgabe einer Strafe bestimmt, in jedem Falle kommt ihr neben den vorerwähnten praeventiven Aufgaben eine Vergeltungs- und Ahndungsfunktion zu, Strafe ist schuldentsprechende Übelzufügung zur Vergeltung eines begangenen Unrechts. Ob die Strafe darüberhinaus "Sühne" für ethisches Unrecht ist, kann hier dahinstehen. Wie schon weiter oben ausgeführt, kann und muß jedes Unrecht ethisches Unrecht sein, so daß insoweit auch bei noch so geringer Verwerflichkeit der Tat eine Sühne des begangenen Unrechts möglich ist. Diese kann aber letztlich nur erhofft, erstrebt werden, sie entzieht sich jedem staatlichen Einfluß.

Die g.V. knüpft an die begangene Übertretung oder Ordnungswidrigkeit an; wie für jede ahndende staatliche Übelszüfügung ist auch für sie Voraussetzung die Erfüllung des objektiven und subjektiven Tatbestandes der übertretenen Vorschrift. Wie sich schon aus den einzelnen Bestimmungen ergibt, muß die Handlung schuldhaft sein ("geringe Schuld"), so daß bei schuldunfähigen Personen[141] oder Schuldausschließungsgründen eine g.V. nicht verhängt werden kann. Ebenso wie eine Strafe setzt auch die g.V. eine vorsätzliche oder fahrlässig begangene Handlung voraus[142]. Schon weiter oben (Fußnote 53) wurde ausgeführt, daß, wie die Verordnungen zur Anwendung der g.V. zeigen, die g.V. nach dem begangenen Unrecht bemessen wird.

---

139) Hagedorn a.a.O., S.409: formell Verwaltungsakt, aber materiell strafende Sanktion

140) Bartsch a.a.O., S.780

141) Im OWiG wird in § 13 i.V.m. § 1 III JGG ausdrücklich eine Geldbuße gegen Jugendliche unter 14 Jahren (schuldunfähig) untersagt; nach § 67 VI ist ein Unterwerfungsverfahren gegen Jugendliche unzulässig, wohl aber eine g.V., vgl. Schwarz-Kleinknecht 29., OWiG § 13 Erl.3.

142) Rotberg § 8 Rdnr.3; zu Recht weist Samper Art.46 Rdnr.12 auf die darin liegende Inkonsequenz hin: für praeventivpolizeiliche Maßnahmen und damit verbunden für polizeirechtliche Grundsätze sei die strafrechtliche Verantwortlichkeit unerheblich; dadurch würde den Strafbefürwortern ein "Argument zugeschoben".

Die Abstufung innerhalb des vom Gesetzgeber geschaffenen Gebührenrahmens, neuerdings gem. § 56 OWiG 1968 bis zu DM 20.--, erfolgt ausschließlich nach Art und Schwere des begangenen Unrechts bzw. der eventuell dadurch verursachten Folgen. Insoweit ist die begangene Übertretung nicht lediglich "Anlaß" für die g.V.[143]. Zwar spricht dafür der Wortlaut einzelner Gesetzesbestimmungen[144]. Daraus kann jedoch nicht entnommen werden, daß deshalb kein "Abrügen", d.h. keine Ahndung durch die g.V. erfolgen könne. Diese sophistische, nur scheinbar richtige[145], Interpretation steht auch in offenbarem Widerspruch sowohl zur Intention des Gesetzgebers, wie auch zur praktischen Anwendung der g.V.: diese ist eine staatliche Reaktion auf strafbares Unrecht, knüpft an dieses an und wird auch daran bemessen. Die zugegebenermaßen verschleiernde Wortwahl des Gesetzgebers rechtfertigt nicht ein Rechtsinstitut entgegen der Wirklichkeit umzudeuten. Nach dieser ist aber die g.V. schuldentsprechende Übelszufügung, kleines aber dennoch fühlbares Übel[146], durch welches der Täter mit Nachdruck auf das Unrecht hingewiesen und zugleich für die Zukunft ermahnt werden soll. Damit ist die g.V. eine echte Strafe. (Daß für eine Anpassung an Schuld und Tat nur ein geringer Spielraum bleibt, kann daran nichts ändern. Das ergibt sich aus dem leichteren Unrecht und der geringeren Strafwürdigkeit, da die g.V. z.B. leichtere Verkehrsübertretungen[147] ahndet.)

Dieses Ergebnis wird von nicht wenigen Strafgegnern gesehen, so z.B. von Floegel-Hartung[148], noch deutlicher von Samper[149], der erklärt: "Gleichwohl spürt jedermann das Konstruierte des Sachverhalts. Es ist schlechthin unleugbar, daß jedermann ... die Gebühr als "Übel" empfindet und daß die g.V. auch als Strafe gehandhabt wird." An den Ausführungen von Samper wird die Beweisführung der Strafgegner deutlich. Sie glauben sich in einer Notlage, die daraus entsteht, daß ein praktikables und notwendiges Rechtsinstitut ihres Erachtens in Widerspruch zur Verfassung steht, da die Verfassung

---

143) so aber Altmeyer-De Clerck, S.131; Reiff S.123; VGH München zit. nach Bode DAR 65, 293; BVerfGE 22, 131

144) § 22 I StVG; Art.46 I bayrPAG; 31 ba-wüPolG; 24 bremPolG

145) Wie Haferkorn S.53 f. zutreffend ausführt, enthält die Formulierung, die g.V. wird nur anläßlich einer Übertretung festgesetzt, keine Aussage über Inhalt und Zweck; letztlich wird jede Strafe aus Anlaß einer Tat verhängt.

146) Bode DAR 56, 175; 65, 293

147) vgl. Strafbefürworter Fußn.3

148) § 22 Anm.2 (13. Aufl.)

149) BayVBl. 65, 103; ders. PAG, Art.46 Rdnr.2

bereits bestehendes Recht durch das angebliche Strafmonopol des Richters überholt[150] habe. Da dieses Rechtsinstitut unentbehrlich erscheint, Art. 92 GG Strafen durch die Verwaltung verbiete, sieht man sich förmlich zu einem "Schlangentanz" veranlaßt. So versucht man, je nachdem, entgegen der bekannten Rechtswirklichkeit die Gebühr als sekundäre Folge zu vernachlässigen und die Verwarnung als primär zu betonen bzw. umgekehrt: Während unter verwaltungsrechtlichen Gesichtspunkten für einen Verwaltungsakt die Gebühr "essentiell" sei, sei sie unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nur noch "akzidentiell"[151]. Aus diesem Zwiespalt heraus resultiert ganz allgemein die "Vergewaltigung"[152] der g.V. durch Überbetonung des praeventiv-polizeilichen Gesichtspunktes[153], und die Überstrapazierung der "Gebühr" bei den Interpretationen. Man versucht die Bedenken auszuräumen; letztlich wird aber "dessen ungeachtet ... an der rein polizeirechtlichen Rechtsnatur der g.V. festgehalten". Nur aus diesen Überlegungen heraus sind auch die nur deklaratorischen Äußerungen in Gesetzen und Verordnungen zu verstehen: "Die g.V. ist keine Strafe"[154].

6. Verfassungsrechtliche Fragen der g.V. im Hinblick auf Art. 20 III, 92, 104 GG

a) Für die Strafgegner tauchen verfassungsrechtliche Schwierigkeiten nicht auf, da es sich bei der g.V. ihrer Ansicht nach um eine praeventiv-polizeiliche Maßnahme handelt, für die eine Gebühr verhängt wird und die daher in die Zuständigkeit der Verwaltung fällt.

b) Demgegenüber wird von den Strafbefürwortern überwiegend ausgeführt, die g.V. sei verfassungswidrig. Sie sei eine repressive Sanktion und d a h e r eine (Krminal-)Strafe. Als solche falle sie aber in die ausschließliche Zuständigkeit des Richters[155]. Da diese Ansicht keine sich aus der

---

150) so Bartsch a.a.O., S. 779

151) so Bartsch a.a.O., S. 780 zu BVerwG NJW 66, 1426

152) Bartsch a.a.O.

153) Drews-Wacke S. 452 zu § 22 StVG: "Verfassungsrechtliche Bedenken gegen diese strafartige g.V. ... lassen sich überwinden (!), indem man den überwiegenden (!) Charakter der Verwarnung als Mittel der Verkehrserziehung betont (!)".

154) § 1 I 2 Brem. Verwarnungsgesetz v. 7.11.52; vgl. zu den Verordnungen Haferkorn S. 49; Bode DAR 56, 175

155) Bode DAR 65, 297 (unklar allerdings DAR 56, 176, wo er ausführt, daß Strafen nach der StPO nur durch den Richter verhängt werden können); Hagedorn DÖV 66, 409; Bartsch DÖV 67, 779; Wimmer, Die Polizei 60, 162

Besonderheit der g.V. ergebenden Gründe anführt, kann hier auf die allgemeinen Ausführungen zu Strafkompetenz der Verwaltung hingewiesen werden (S.138 ff.). Das gilt auch bezüglich der nach Verneinung der Gebührennatur ohne nähere Begründung gezogenen Folgerung, daß dann die g.V. eine Kriminalstrafe sei, was den genannten Meinungen meist stillschweigend zugrundeliegt.

§ 4

DAS ZWANGSGELD

1. Bei der Darstellung der Geldbuße wurde ausgeführt, daß die Verwaltungsstrafrechtstheorie der Geldbuße einen Erzwingungscharakter beimißt. Sie trete anstelle oder neben den Verwaltungszwang und sei Zwang durch Strafe, durch Androhung und spätere Verhängung sowie Beitreibung der Geldbuße[1], "vom unmittelbaren Verwaltungszwang genetisch nicht verschieden"[2]. Im Anschluß daran wurde verschiedentlich gefragt, ob mangels erkennbarer struktureller Unterschiede zwischen Geldbuße und Zwangsgeld das Zwangsgeld nicht abgeschafft werden sollte, um, zum Zwecke der Einheitlichkeit, dem Begriff der "Ordnungswidrigkeit" auch auf dem Gebiet des Polizeirechts künftig stärkere Geltung zu verschaffen[3]. - Im folgenden soll versucht werden, Zweck und Inhalt des Zwangsgeldes aufzuzeigen, um anhand der so gefundenen Merkmale zu prüfen, ob die Geldbuße tatsächlich als Zwangsmittel bezeichnet und charakterisiert werden kann. Dabei soll als Untersuchungsgegenstand die Regelung des preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes (pr.PVG) vom 1.6.1931 (GS S.77, 136) herangezogen werden, da sich dort die Entwicklung und der Inhalt des Zwangsgeldes am deutlichsten aufzeigen läßt[4].

---

1) Rotberg S.27

2) Goldschmidt GA 49, 85; Hofacker VA 15, 413; Maurach AT, S.15: "rückwirkend angewendete, rein zweckbedingte Zwangsmaßnahme zur Durchsetzung von Verwaltungsbefehlen".

3) Patzig DÖV 54,365; 56,262 allerdings vorbehaltlich weiterer Vertiefung.

4) Dieses Vorgehen mag verfehlt erscheinen, nachdem der Bund wie auch die Länder das Zwangsgeld in neueren Gesetzen geregelt haben und das pr.PVG nur noch in Niedersachsen, im Saarland und (vgl. § 92 I 5 PolG) in Baden-Württemberg Geltung hat. Wenn dennoch das pr.PVG herangezogen wurde, so waren dafür folgende Überlegungen maßgebend: Im Rahmen dieser Arbeit geht es allein um die Gegenüberstellung von Zwangsgeld und Geldbuße, d.h. Geldstrafe, jeweils ihrem Wesen nach: nicht geht es um die konkrete Ausgestaltung des Zwangsgeldes in den

a) Das "Zwangsgeld" wurde eingeführt durch das vorgenannte preußische Polizeiverwaltungsgesetz. Vom Namen her stellt es sich als ein Nachfolger der früheren Exekutiv-Erzwingungs- oder Zwangsstrafe dar, wie sie z.B. in § 132 preußisches Landesverwaltungsgesetz vom 30.7.1883[5] geregelt war. Schon diese Bezeichnungen deuten auf eine Problematik hin, die, trotz der geänderten neuen Bezeichnung, auch im preußischen Polizeiverwaltungsgesetz ihre Fortsetzung fand: es ist der "zwielichtige"[6] Charakter dieser Rechtsinstitute. Es ist in der Tat unklar, was Strafe mit Zwang im eigentlichen Sinne zu tun haben soll. Stellt man dabei etwa die Zwangs- und Vollstreckungsmittel in den neueren Verwaltungsvollstreckungsgesetzen und die Kriminalstrafe einander gegenüber, so scheint ein offensichtlicher und eindeutiger Unterschied zu bestehen.

Entsprechend dieser "Zwitter-Natur" wurde die Bezeichnung Zwangsgeld zum einen für Beugemittel, zum anderen für Verwaltungsstrafen verwendet[7], oder aber als Name für ein b e i d e Wirkungen umfassendes Rechtsinstitut herangezogen[8]. Überwiegend wurde allerdings die Zwangsgeldstrafe als reines Erzwingungsmittel bezeichnet, das mit den übrigen Strafen nur eines gemeinsam hätte, "nämlich den Namen und der ist falsch"[9].

b) Diese Begriffsverwirrung erlebte eine Neuauflage durch die Schaffung des Zwangsgeldes im preußischen Polizeiverwaltungsgesetz. Mit dieser neuen Bezeichnung versuchte der Gesetzgeber dem verbreiteten Irrtum entgegenzuwirken, "daß das polizeiliche Zwangsmittel der Exekutivstrafe und die eigent-

---

einzelnen Gesetzen. In der Auffassung vom Wesen des eigentlichen Zwangsgeldes und in seiner grundsätzlichen Ausgestaltung stimmen jedoch die einschlägigen Gesetze mit der Regelung des pr.PVG überein (vgl. Schneider, Zwangsgeld, S.19, 21 f.); Unterschiede bestehen z.B. im möglichen Adressaten, in der Zuständigkeit, der Höhe (vgl. Schneider a.a.O. S.26 ff.), allgemein darin, daß die Regelungen aus Rechtsschutzgründen detaillierter sind (Schneider S.21 f.). - Der Hauptgrund für die Erörterung an Hand des pr.PVG war aber, daß sich hier, wegen der in diesem Gesetz vorhandenen Bezeichnung "Zwangsgeld" für z w e i Rechtsinstitute, besonders deutlich aufzeigen läßt, was Zwangsgeld im eigentlichen Sinne ist und worin der Unterschied zur Geldbuße bzw. -strafe besteht.

5) GS 195 6) Forsthoff, bis zur 5. Auflage, S.242

7) vgl. Stein DVBl. 56, 505 f.

8) vgl. dazu Roßner, S.10 ff. 9) Rietzsch JW 38, 1074

liche Krminalstrafe dasselbe seien", das Zwangsgeld sei vielmehr ein reines Beugemittel ohne jeden Strafcharakter[10]. Während ein Teil der Literatur dieser Ansicht beitrat[11], hielt eine weitverbreitete Ansicht unter Führung von Jellinek[12] das Zwangsgeld für eine verschleierte Kriminalstrafe. In diesem Streit brachte schließlich auch die Entscheidung des Staatsgerichtshofes, der sich für die Beugenatur entschied, keine Klarheit[13]. Der Grund für diese Auseinandersetzungen war auch hier, daß das preußische PVG den Begriff Zwangsgeld im doppelten Sinn, hier sogar im selben Gesetz, gebrauchte. So konnte nach § 55 die Polizei die polizeilichen Verfügungen mit "Zwangsgeld" durchsetzen, während nach § 33 für den Fall der Zuwiderungen gegen eine Polizeiverordnung "Zwangsgeld" festgesetzt werden konnte. Die Unklarheit wurde schließlich dadurch vollständig, daß § 33 auf § 55 verweist und daß in § 56 für den Fall der Nichtbeitreibbarkeit des "Zwangsgeldes" schlechthin Zwangshaft verhängt werden konnte.

In späterer Zeit wird allerdings in der Rechtsprechung wiederholt auf die Verschiedenheit der beiden Zwangsgeldarten hingewiesen. So führt das preußische Oberverwaltungsgericht aus, daß das Zwangsgeld auf Polizeiverordnungen (§ 33) eine polizeiliche Zwangs- oder Ordnungsstrafe sei, die sich nur formell, allein durch den Gesetzesbefehl, von der Kriminalstrafe unterscheide[14]; zwar solle es auch vorbeugend wirken, im wesentlichen habe es jedoch (nicht kriminellen) Strafcharakter[15]. Ebenso das Verwaltungsgericht Berlin-Zehlendorf[16], wonach das Zwangsgeld nach § 33 eine entkriminalisierte polizeiliche "Zwangs(!)-Strafe" und das Zwangsgeld nach § 55 ein reines Beugemittel sei[17]. Letztlich sind aber auch diese Aussagen unergiebig,

---

10) Amtl. Begründung, zit. nach Klausner-Kerstiens-Kempner, PVG, S.80

11) Literaturnachweis bei Scheer-Trubel, § 33 Anm.C III, 3

12) RuPrVBl 1931,121; ebenso: KG DJZ 32, 534; 33, 982; weitere Literatur bei Scheer-Trubel, § 33 Anm.C III,1

13) RGZ 137 Anh. S.47; In Preußen wurde durch Rderl. d. MdI v. 15.1.1932 (PrMBLiV 32,45) entschieden, daß das Zwangsgeld bei Übertretung von Verordnungen ausschließlich i.S. e. Beugemittels zu verwenden sei.

14) PrOVG 90, 275, 284

15) PrOVG 99, 88

16) DVBl. 50, 723 f.

17) ebenso LVG Münster MDR 57,509: wesensverschieden; OVG Berlin NJW 53,198 ff. (dasselbe Gericht hat jedoch in NJW 55, 1854 vom Wesen des Zwangsgeldes her den einem solchen eigenen Erzwingungs- und Beugecharakter betont, der auch dem Zwangsgeld nach § 33 PVG zugehöre; dagegen zu Recht LVG Lüneburg a.a.O., da es nicht gerechtfertigt sei, eine solche Auslegung vom "Wortsinn" her, entgegen der insoweit ein-

da Bezeichnungen, wie polizeiliche Zwangsstrafe[18] oder Polizeistrafe[19] mehr verschleiern als klären. Es muß daher versucht werden, aus den Regelungen der genannten Bestimmungen vorhandene Unterschiede herauszuarbeiten. Dabei wird ein Rückgriff auf Sinn und Bedeutung eines echten Zwangsmittels nötig und erforderlich sein.

2. Wie sich aus der Entstehungsgeschicht ergibt, war Zweck der Einführung des Zwangsgeldes, die Anwendung der Kriminalstrafe einzuschränken; die polizeiliche Exekutivstrafe wurde durch das Zwangsgeld ersetzt, weil die Häufigkeit von Kriminalstrafen in der Bevölkerung den Sinn und das Verständnis für die Bedeutung und den Ernst der Kriminalstrafe als solcher herabgedrückt hatte[20]. Allein daraus läßt sich jedoch wenig entnehmen, da eine solche "Entkriminalisierung" theoretisch auch durch eine vollständige Abschaffung jeder staatlichen Reaktion möglich wäre. Nur das eine läßt sich mit Sicherheit sagen, daß das Zwangsgeld des preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes die bisherige Zwangsgeldstrafe des § 132 preußisches Landesverwaltungsgesetz ablösen wollte. Vergleicht man jedoch § 132 mit § 33 bzw. § 55, so zeigt sich eine deutliche Übereinstimmung von § 132 mit § 55[21]; die Zwangsstrafe des vormaligen § 132 Preußisches Landesverwaltungsgesetz war aber vor Geltung des Preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes als eigentliches Zwangsmittel anerkannt[21]. Auf der anderen Seite ergibt sich aus §§ 76, 33 pr.PVG, daß das Zwangsgeld des § 33 die frühere Übertretungsstrafe ablösen sollte. Schon diese beiden Umstände deuten darauf hin, daß es sich bei dem Zwangsgeld nach § 33 mehr um eine Strafe, bei dem nach § 55 mehr um ein Erzwingungsmittel handelt.

3. a) Gemäß § 55 I pr.PVG (entsprechend § 37 nds SOG[22]) ist die Polizei befugt, ihre Verfügungen gegen widerstrebende Betroffene durch verschiedene Zwangsmittel durchzusetzen: Ersatzvornahme, Zwangsgeld, unmittelbarer Zwang. Die Zwangsmittel dienen der Vollstreckung einer polizeilichen Verfügung gegen einen einzelnen Bürger wegen eines bestimmten einzelnen Falles. Die Zwangseinwirkung erfolgt dadurch, daß vor dem von der Polizei verfolgten Tun oder Unterlassen die Einzelverfügung sowie die genau bezifferte

---

deutigen Regelung, vorzunehmen).

18) PrOVG RVBl. 38, 583

19) PrOVG 103, 155

20) Drews-Wacke 6., S.152, 167

21) Roßner S.42

22) der sich eng an die Regelung des pr. PVG anlehnt, z.T. wörtlich übereinstimmt.

Androhung des Zwangsgeldes erlassen werden muß.

Gemäß § 33, entsprechend § 22 nds. SOG, kann in Polizeiverordnungen Zwangsgeld angeordnet werden. Im Falle der Zuwiderhandlung gegen diese Verordnung kann das Zwangsgeld festgesetzt werden. Voraussetzung für diese Festsetzung ist nicht die vorherige besondere Androhung; das Zwangsgeld kann vielmehr erhoben werden auch ohne eine solche (Argument: 33 II prPVG, § 22 II nds. SOG), wie überhaupt ohne jedes vorherige Tätigwerden der Verwaltung. Die einzige Tätigkeit der Polizei besteht dann darin, daß nach der Zuwiderhandlung das Zwangsgeld durch eine Verfügung festgesetzt wird.

Diese Regelungen weisen auf den unterschiedlichen Zweck hin, den die beiden Zwangsgeldarten verfolgen.

Nach § 55 pr. PVG dient das Zwangsgeld der Durchsetzung eines konkreten, individuellen Befehles[23], der von dem Betroffenen ein genau bezeichnetes Tun oder Unterlassen verlangt. In diesem Falle ist das Zwangsgeld neben der Ersatzvornahme und dem unmittelbaren Zwang Vollstreckungsmittel[24]. Vollstreckt werden soll die polizeiliche Verfügung, die vor jeder staatlichen Reaktion erfolgt. Dieser Verfügung soll durch die Androhung des Zwangsgeldes größerer Nachdruck verliehen werden gegen den widerspenstigen Bürger. Dessen Wille soll im Hinblick auf die künftige Handlung gebeugt werden.

Das Zwangsgeld gemäß § 33 pr. PVG ist demgegenüber die Reaktion auf den Verstoß gegen eine generell-abstrakte Norm, die Polizeiverordnung. Fraglich ist, worin hier die Zwangseinwirkung liegen soll. Im Anschluß an die spätere Rechtsprechung des preußischen Oberverwaltungsgerichtes[25] wird in der neueren Literatur diesem Zwangsgeld ein doppelter Charakter zugesprochen: es sei Zwangsgeld insofern, als seine Androhung die Befolgung der in der Polizeiverordnung enthaltenen Anordnung erzwingen soll. Es sei Strafe insofern, als seine Festsetzung die Nichtbefolgung der Anordnung ahndet, um in Zukunft ein ordnungsgemäßes Verhalten herbeizuführen[26]. In dieser Androhung die Androhung eines Zwangsmittels zu sehen, begegnet jedoch erheblichen Bedenken.

aa) Vergleicht man die Polizeiverordnung mit einer Kriminalstrafnorm, so zeigen sich keine wesentlichen Unterschiede. Der Zweck dieser Normen ist der Schutz bestimmter Güter. Dieser Schutzzweck kann nur er-

---

23) Drews-Wacke S. 399; § 6 BVwVG: Verwaltungsakt

24) Wacke NJW 53, 198, 199 (Urteilsanmerkung zu OVG Berlin NJW 53, 198 ff.) Scheer-Trubel § 55 Anm. C II

25) PrOVG 99, 90 f.

26) Ule-Rasch, pr. PVG § 33 Anm. 1

reicht werden, wenn diese Normen von der Gemeinschaft, d.h. dem Einzelnen, befolgt und beachtet werden, d.h. wenn in der Gemeinschaft diese Normen als bindend angesehen und eingehalten werden. Um diesen Zwecken und damit den Normen Nachdruck zu verleihen, sind diese mit Sanktionen bewehrt; die in den Kriminalstrafnormen enthaltenen abstrakten Strafdrohungen dienen daher dazu, die Geltungskraft der Normen zu unterstreichen und zu ihrer Beachtung anzuhalten ("Die zentrale Aufgabe des Strafrechts liegt also darin, durch Strafandrohung und Strafe für den wirklich betätigten Abfall von den Grundwerten... die unverbrüchliche Geltung dieser Aktwerte sicherzustellen"[27]). Auch eine Kriminalstrafnorm droht damit, zieht man die obige Charakterisierung heran, mittels der in ihr enthaltenen Strafbewehrung ein "Zwangsmittel" an, durch welches die Befolgung der Norm gewährleistet werden soll ("deren Geltung es dadurch sichert, daß es ihre Verletzung mit Strafe bedroht"[28]). Es wäre aber sicher verfehlt, der Kriminalstrafe wegen dieser sich aus der Androhung ergebenden "Zwangswirkung" den Charakter eines dem Zwangsgeld nach § 55 pr. PVG vergleichbaren Zwangsmittels beizulegen; insoweit liegt vielmehr die generalpräventive Wirkung des Strafrechts vor, das vor der Begehung von Verbrechen abschrecken soll[29]; es ist der psychologische Einfluß der allgemeinen Strafdrohung, ihr entfernter Zwang[30]. In diesem Sinn enthält letztlich jede zwingende, mit einer staatlichen Reaktion belegte Norm die Androhung eines Zwangsmittels. In dieser Zwangswirkung kann sich sonach der Charakter des Zwangsgeldes im eigentlichen Sinne nicht erschöpfen; es muß vielmehr einen darüberhinausgehenden, besonderen Inhalt haben.

Aus dem Wesen des Zwangsgeldes, den Willen des Pflichtigen zu beugen[31], ergibt sich, daß dieser besondere Inhalt in einer konkreten Einzelpflicht bestehen muß; denn eine Willensbeugung kann nur dann bewirkt werden, wenn ihr Ziel und Zweck eindeutig umrissen ist, d.h. wenn ein genau bestimmtes Tun oder Unterlassen verlangt wird. Nur dann kann auch davon gesprochen werden, daß der Zweck eines Zwangsmittels erreicht oder unmöglich geworden ist, mit der Folge, daß das angedrohte Zwangsmittel seine Aufgabe erfüllt hat und damit entfällt. Nur bei einem so bestimmten Zweck kann auch der Pflichtige sich dem Zwang beugen und damit dem Zwangsgeld entgehen. Von einem Zwangsmittel kann daher sinnvoll nur dann gesprochen werden, wenn ein konkretes Verhalten erzwungen werden soll.

---

27) Welzel, Strafrecht, S.2 28) Welzel a.a.O., S.5
29) Maurach AT, S.51
30) Krakenberger S.59; zur Exekutivstrafe, s. § 1
31) Roßner S.9

Aus dieser konkreten Zielrichtung ergibt sich aber noch etwas anderes: Da das Zwangsgeld ein in die Zukunft wirkendes Zwangsmittel ist, muß die Androhung v o r der zu erzwingenden Handlung erfolgen. Durch diese A n d r o h u n g und nicht durch die Festsetzung des Zwangsgeldes wird der eigentliche Zwang ausgeübt, letztere tritt nur hinzu[32]. Das bedeutet aber, daß zugleich mit der Androhung, d.h. v o r der Zuwiderhandlung, dem Pflichtigen eine konkret-individuelle Pflicht auferlegt wird, deren Durchsetzung die Zwangsgeldandrohung dient. Nur so kann überhaupt eine Vollstreckung bewirkt werden, nur dann kann bei Verstößen gegen die Verfügung die Festsetzung des Zwangsgeldes erfolgen. Zwar hat, wie ausgeführt, auch jede Strafandrohung eine Zukunftswirkung, indem sie warnen, abschrecken oder aber Handlungen veranlassen will; aber diese Strafandrohung wendet sich durch die Norm in ihrer abstrakten Fassung an die Allgemeinheit, während sich die Androhung eines Zwangsmittels wegen eines bestimmten Einzelfalles an ein bestimmtes, individuelles Subjekt wendet[33].

bb) Dieses konkret-individuelle Verhaltenspflicht als Grund der Zwangsgeldandrohung wird sichtbar bei den in § 55 I pr.PVG genannten Zwangsmitteln: alle drei Formen dienen dem gleichen Zweck und sind insoweit "gleichwertig". Eine Ersatzvornahme oder ein unmittelbarer Zwang kann aber nur in bezug auf ein ganz bestimmtes Ziel angewendet werden, da sonst eine Zweckerreichung nie feststellbar wäre. Demgemäß muß auch das Zwangsgeld nach § 55 der Durchsetzung eines solchen Einzelbefehles dienen. Mit Ausnahme der unmittelbaren Ausführung m u ß auch hier die Androhung im voraus erfolgen (§ 55 I pr.PVG, § 37 I nds.SOG, vgl. auch § 13 BVwVG), woraus sich ganz eindeutig die in die Zukunft gerichtete, "prospektive" Wirkung dieser Zwangsmittel ergibt. Hier soll durch die Verfügung und die konkrete Zwangsgeldandrohung (eine solche, bestimmt bezifferte schreibt z.B. § 55 II 3 pr.PVG zwingend vor, ebenso § 13 V BVwVG) ein ganz bestimmtes künftiges Tun oder Unterlassen erzwungen werden[34]. Für das Zwangsgeld

---

32) Pechstein S.24; Krakenberger S.22

33) Roßner S.10; vgl. auch Schneider, Zwangsgeld, S.35-37 m.w.N.

34) An einer solchen Bestimmtheit könnten allerdings Zweifel bestehen, wenn die Verfügung ein Verbot enthält und somit von dem Pflichtigen ein Unterlassen gefordert wird; dann würde nicht mehr ein b e s t i m m t e r Erfolg erstrebt werden, vielmehr ein dauerndes Unterlassen, bei dem der eigentliche Zwangszweck erst dann Bedeutung gewinnen würde, wenn es zu spät wäre, nämlich im Zeitpunkt der Zuwiderhandlung, so Pechstein S.26. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß auch bei V e r b o t e n Ziel der Zwangsgeldandrohung die Durchsetzung eines k o n k r e t e n Befehles

nach § 55 pr.PVG trifft somit die obige Charakterisierung zu, hier liegt ein reines Beugemittel vor[35].

Das gilt jedoch nicht für das Zwangsgeld nach § 33 pr.PVG, da hier kein solcher Einzelbefehl, keine konkrete Pflicht besteht. Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß ja auch hier eine Androhung vorläge, aus der sich die Pflicht ergebe, §§ 33 II pr.PVG, 22 II nds.SOG: "besondere Androhung". Diese Androhung enthält jedoch keine Festsetzung einer konkreten Einzelpflicht; vielmehr wird durch sie lediglich auf eine bestimmte Polizeiverordnung hingewiesen, ihre Maßgeblichkeit im konkreten Fall dem Betroffenen mitgeteilt, nicht aber wird damit eine Verfügung ausgesprochen[36]. Die besondere Androhung ist vielmehr von ihrem gesetzgeberischen Zweck her darauf beschränkt, dem Pflichtigen die Kenntnis der betreffenden Verordnung mitzuteilen. Inhaltlich enthält sie auch nur die allgemeine Androhung des Sanktionsrahmens, der sich aber schon aus der Verordnung ergibt; sie ist daher nur deren Wiederholung, ohne eigenständige Bedeutung. Wie oben gezeigt, kann aber die in der abstrakt-generellen Norm, also auch einer Polizeiverordnung, enthaltene Strafandrohung nicht als Androhung eines Zwangsgeldes angesehen werden, da es an einem konkreten Einzelbefehl, der durchgesetzt werden soll, fehlt. Daß letztlich die Androhung gem. § 33 II pr.PVG keine Bedeutung hat, zeigt sich auch daran, daß diese für § 33 pr.PVG, ebenso § 22 nds. SOG, keineswegs erforderlich ist, vielmehr auch ohne eine solche ein Zwangsgeld nach § 33 festgesetzt werden kann: Absatz II: "Wegen der Nichtbefolgung einer Polizeiverordnung darf Zwangsgeld ohne vorherige besondere Androhung nur festgesetzt werden, wenn der Betroffene die Polizeiwidrigkeit seines Verhaltens kannte oder kennen mußte"[37]. Das bedeutet aber, daß das Zwangs-

---

ist. Dieses Ziel, bzw. die Gefahr, daß seine Durchsetzung vereitelt wird, besteht aber bei Verboten in gleicher Weise wie bei Geboten und diese Gefahr ist Ursache für die vorherige Androhung. Es kann nicht, wie Pechstein a.a.O., davon gesprochen werden, daß sich das Zwangsgeld bei Verboten einer Strafe nähert. Letzterer liegt kein im voraus ergangener Einzelbefehl zugrunde.

35) Drews-Wacke S.365 f.; Ule-Rasch, pr.PVG, § 55 Rdnr.16

36) Clauss § 22 Anm.4b: "beschränkt sich die Androhung jedoch nicht auf diesen Hinweis, sondern enthält sie eine selbständige Anordnung ..., so handelt es sich um eine selbständige Verfügung ... im Falle der Nichtbefolgung kann das Zwangsgeld nur auf Grund der Verfügung ... festgesetzt werden ..."; zu ergänzen wäre; weil es nur der Vollstreckung dieser Verfügung dient.

37) entsprechend § 22 II nds.SOG; zust. Drews-Wacke S.400 f.

geld nach § 33 PVG ohne jedes vorherige Tätigwerden nach der Tat verhängt werden kann. Damit entfällt aber völlig jeder Zwangscharakter, denn dann ist die Androhung allein in der abstrakten Polizeiverordnung enthalten, in welcher aber genauso wenig wie in einer Strafnorm die Androhung eines Zwangsmittels gesehen werden kann (s. oben). Hier wird vielmehr, wie bei jeder Strafe, schon bei der ersten Zuwiderhandlung das Zwangsgeld festgesetzt, ohne daß die Polizei zuvor in irgendeiner Weise tätig geworden sein muß. Eine Zwangseinwirkung in die Zukunft erfolgt daher hier nicht; es wird lediglich "retrospektiv", rückblickend wegen des in der Vergangenheit liegenden Verstoßes gegen die Polizeiverordnung, weil ein rechtswidriges Verhalten stattgefunden hat[38], die Verhängung vorgenommen, ein Vorgang, der gerade typisch und spezifisch für die Strafverhängung ist.

cc) Daß sich für das Zwangsgeld nach § 33 PVG eine Zwangseinwirkung insoweit ergibt, als durch seine Festsetzung die künftige Beachtung der Verordnung erzwungen werden soll, wird auch in der Literatur nicht vertreten; vielmehr wird insoweit zurecht der Strafcharakter des Zwangsgeldes betont. Tatsächlich ist dieser "vorherrschend vorbeugende"[39] Zweck jeder Strafe, neben anderen Zwecken, eigen: präventiver Zweck der Strafe zur Verhütung der Verbrechenswiederholung durch Einwirkung auf den Täter, durch Erziehung[40]. Da sonach das Zwangsgeld nach § 33 PVG keine spezifische Zwangswirkung ausübt, diese sich vielmehr in nichts von der Wirkung einer jeden Strafe unterscheidet, handelt es sich bei diesem "Zwangsgeld" in Wirklichkeit um eine Strafe, eine Verwaltungsstrafe wegen der Übertretung einer Rechtsnorm[41].

dd) Eine Bestätigung dafür, daß nur das Zwangsgeld nach § 55 pr PVG (37 nds SOG) ein echtes Zwangsgeld ist, während das "Zwangsgeld" nach § 33 pr PVG ein unechtes, d.h. in Wirklichkeit eine Strafe ist, zeigt auch die Auswirkung nachträglichen "Wohlverhaltens" des Pflichtigen auf das Zwangsgeld.

Gem. § 55 IV 2 pr PVG (37 IV 1 nds SOG) ist die Beitreibung dieses Zwangsgeldes ausgeschlossen, sofern nach Festsetzung die auferlegte

---

38) Roßner S. 9

39) Pr OVG 99, 91

40) Maurach AT, S. 51; Schönke-Schröder, Rdnr. 5 vor § 13

41) so die heute h.M.: Drews-Wacke S. 399; VG Berlin DVBl. 50, 723; Clauss S. 116; Stein DVBl. 56, 504 ff., 506; Patzig VA 50, 368 f.; Schäfer in Löwe-R., GVG § 13 Anm. 5; Schneider, Zwangsgeld S. 47 ff. m.w.N.; daß diese Literaturmeinungen von einer Verwaltungsstrafe sprechen, als welche sie z.T. auch die Geldbuße bezeichnen, ändert nichts daran, da diese oben als echte Strafe qualifiziert wurde.

Handlung vom Pflichtigen vorgenommen wird. Diese Regelungen besagen allerdings nicht, was bei polizeilichen Verbotsverfügungen zu geschehen hat. Es ist aber h.M., daß auch in diesen Fällen eine Beitreibung ausgeschlossen ist, wenn eine Wiederholung der Zuwiderhandlung unmöglich oder praktisch ausgeschlossen ist[42].

Demgegenüber hat die nachträgliche Befolgung der Verordnung keinen Einfluß auf die Beitreibung des festgesetzten unechten Zwangsgeldes. Dieses ist durch die Zuwiderhandlung verwirkt und ausgelöst und die Beitreibung wird nicht dadurch unzulässig, daß nachträglich der ordnungswidrige Zustand beseitigt wird oder sonst nicht mehr besteht[43]. Die Polizei hat insoweit lediglich, als Ausfluß des Opportunitätsprinzips, einen "Spielraum", §§ 33 II pr PVG, 22/III nds SOG, ob sie überhaupt einschreiten soll; in diesem Rahmen kann sie berücksichtigen, ob z.B. eine Wiederholungsgefahr besteht oder nicht[44].

Entsprechendes gilt für die Zwangshaft (§ 56 pr PVG): tritt sie an die Stelle eines echten, nicht mehr beitreibbaren, Zwangsgeldes, so dient sie der Bewirkung der bestimmten Handlung: Dementsprechend kann sie, wenn diese Handlung schon erfolgt bzw. bei Verboten eine Wiederholung ausgeschlossen ist, nicht mehr vollstreckt werden[45]. Tritt die Erzwingungshaft an die Stelle eines unechten Zwangsgeldes, so ist eine Vollstreckung nicht dadurch ausgeschlossen, daß der polizeiwidrige Zustand für die Zukunft beseitigt oder eine Wiederholung ausgeschlossen ist[45]. Da es in diesen Fällen "nichts mehr zu beugen" gibt[46], liegt in Wirklichkeit kein Erzwingungsgeld bzw. keine Erzwingungshaft vor, sondern ein Strafgeld bzw. eine Ersatzhaft, ähnlich der gem. § 29 StGB.

An dieser Wirkung eines späteren Wohlverhaltens zeigt sich, daß nur bei § 55 pr PVG die Androhung i.V.m. der Einzelverfügung dem Pflichtigen sagt: "das sollst du (in Zukunft) tun oder unterlassen", während sie bei § 33 pr PVG zum Ausdruck bringt: "das hättest du (also in der Vergangenheit) unterlassen sollen"[47]. Jenes Zwangsgeld will etwas beseitigen, wiederherstellen oder herbeiführen; dieses "Zwangsgeld", d.h. diese Strafe, "nimmt das geschehene Unrecht als geschehen hin und zielt lediglich auf seine Verneinung

---

42) Drews-Wacke S.367; § 37 nds SOG AB 2 (abgedr. bei Clauss, nach § 37); § 15 III BVwVG; Schneider, a.a.O. S.52 f.

43) argumentum e contrario aus § 55 IV 2 pr PVG, 37 IV 2 nds SOG, so h.M.: Drews-Wacke S.399; Wacke NJW 53, 199

44) Ule-Rasch § 33 Rdnr.15

45) Clauss § 38 Anm.4

46) Patzig VA 50, 366

47) Patzig VA 50, 364

ab"[48]. Ein echter Erzwingungszweck, "Mittel zum Zweck"[49], geht ihm völlig ab; es ist wie jede Strafe "Selbstzweck"[49] und erschöpft sich in Vergeltung und Prävention.

ee) Die Strafnatur des unechten Zwangsgeldes ergibt sich auch aus der Bedeutung des Verschuldens.

Für das echte Zwangsgeld kommt es, entsprechend der Beugenatur, auf ein Verschulden des Pflichtigen nicht an[50]. Demgegenüber ist für das unechte Zwangsgeld erforderlich, daß der Pflichtige zumindest die allgemeine Polizeiwidrigkeit seines Tuns oder Unterlassens kennt; die besondere Androhung hat hauptsächlich für diese Kenntnis, von der ein Schuldvorwurf abhängt, Bedeutung[51]. Das unechte Zwangsgeld kann bei unverschuldeter Unkenntnis der Polizeiwidrigkeit nicht verhängt werden, da es am Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, am Verschulden, fehlt[51].

Auch das Verhältnis der Zwangsgeldarten zur Kriminalstrafe weist auf den Strafcharakter des unechten Zwangsgeldes hin. Nach einhelliger Meinung ist das Zwangsgeld nach § 55 PVG nicht dadurch ausgeschlossen, daß dasselbe Verhalten mit einer Kriminalstrafe belegt ist, es kann vielmehr auch neben rechtsatzmäßig angedrohten Strafen festgesetzt werden[52]. Demgegenüber ist die Festsetzung eines unechten Zwangsgeldes neben einer Kriminalstrafe nicht zulässig: ne bis in idem[53].

Ebenso zeigt die Tatsache, daß eine gebührenpflichtige Verwarnung nur

---

48) Krakenberger S. 11

49) Krakenberger S. 12 f.; Roßner S. 9

50) Ule-Rasch § 55 Rdnr. 16 m.w.N.; Schneider, Zwangsgeld S. 43 f.

51) Drews-Wacke S. 400; Ule-Rasch § 33 Rdnr. 8 f.

52) Drews-Wacke S. 365 f.; Ule-Rasch § 55 Rdnr. 1; zum früheren Streitstand vgl. Roßner S. 16 ff.; heute ausdrücklich der Wortlaut von § 55 I pr PVG: "... unbeschadet der strafgerichtlichen Verfolgung ...", ebenso § 13 IV BVwVG.

53) Clauss, § 22 Anm. 2 a, der allerdings diesen Grundsatz auch dann anwenden will, wenn es sich um das Nebeneinander des Zwangsgeldes nach § 22 und nach 37 SOG handelt, obwohl er "keinen grundsätzlichen Unterschied" (§ 37 Anm. 5 c, cc) sieht. Besteht aber kein Unterschied, so handelt es sich um echte Beugemittel, deren Wiederholungsmöglichkeit gerade typisch ist (Drews-Wacke S. 363). Ist aber das Zwangsgeld nach § 22 SOG eine Strafe, so ist der Grundsatz ne bis in idem ebenso nicht anwendbar. Diese theoretische Erörterung erledigt sich in der Praxis allerdings dadurch, daß die Strafe wegen der Übertretung einer Verordnung

an die Stelle eines unechten Zwangsgeldes treten kann[54], daß, nachdem die g.V. in dieser Arbeit als Strafe qualifiziert wurde, es sich bei dem unechten Zwangsgeld um eine Strafe handeln muß, da nur so eine "Aufgabenersetzung" sinnvoll ist.

4) Aus dem bisher Gesagten ergibt sich auch die Antwort auf die eingangs gestellte Frage, ob zwischen Zwangsgeld und Geldbuße ("Zwang durch Strafe") ein Unterschied besteht oder ob, mangels struktureller Unterschiede, die Geldbuße die Aufgabe des Zwangsgeldes übernehmen kann.

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, daß nur das Zwangsgeld nach § 55 pr PVG ein eigentliches Zwangsmittel ist, während das Zwangsgeld nach § 33 pr PVG tatsächlich eine Strafe ist. Ebenso verschieden wie die beiden Zwangsgeldarten sind, ebenso unterscheidet sich auch die Geldbuße vom Zwangs- und Beugegeld. Als einer Strafe fehlt auch der Buße der spezifische Erzwingungszweck. Buße und unechtes Zwangsgeld üben lediglich einen mittelbaren Zwang aus; dieser ist aber jeder Strafnorm kraft der Strafandrohung und jeder Strafe kraft ihrer erzieherischen präventiven Wirkung eigen und kann daher, wie gezeigt, nicht als Zwang im eigentlichen Sinne bezeichnet werden. Damit kann aber die Geldbuße genauso wenig wie die Kriminalstrafe die Funktion und die Aufgabe des echten Zwangsgeldes übernehmen.

Darüber hinaus ist es auch, nachdem die Verschiedenartigkeit der Zwangsgeldarten aufgezeigt wurde, gerechtfertigt, darauf hinzuweisen, im Interesse der Begriffsklarheit und um der "babylonischen Sprachverwirrung"[55] auf dem Gebiet der Verwaltungsstrafen und Zwangsmittel entgegenzuwirken, die Bezeichnung "Zwangsgeld" auf seine eigentliche Bedeutung als Beugemittel zu

---

i.d. Regel schon die Befolgung herbeiführen wird, so daß ein echtes Zwangsgeld nicht mehr erforderlich ist. Insoweit hat jede Strafe eine erzieherische Zwangswirkung, ähnlich Clauss § 35 Anm. 3. Die dem Zwangsgeld eigene Wiederholungsmöglichkeit hat nur einen beschränkten Aussagewert. Denn eine Wiederholung ist bei Verboten nur für jeden Fall der Zuwiderhandlung unmöglich, §§ 55 VI 2 pr PVG, 35 IV 2 nds SOG. Dasselbe gilt aber auch für das Zwangsgeld nach §§ 33 PVG, 22 SOG ebenso wie für jede Strafe.

54) Die h.M. legt z.B. § 39 I, 2 nds SOG (g.V. "auch an Stelle eines an sich verwirkten Zwangsgeldes") einhellig dahin aus, daß unter Zwangsgeld hier nur das i.S.v. §§ 33 PVG, 22 nds SOG gemeint ist: Drews-Wacke S. 446; Clauss S. 184; § 39 nds SOG AB 3

55) Patzig DÖV 56, 297

beschränken[56].

In diesem Sinne ist auch der Gesetzgeber im Bund und in den Ländern auf dem Gebiet des Polizeirechts vorgegangen[57].

Die hier dargestellte Regelung des PVG gilt nur noch in Niedersachsen, im Saarland und grundsätzlich auch in Baden-Württemberg[58]. In den übrigen Bundesländern ist die "zwielichtige" Verwendung der Bezeichnung Zwangsgeld beseitigt und statt dessen Geldbuße als Sanktion bei Übertretung von (Polizei-) Verordnungen-[59] und Zwangsgeld als echtes und eigentliches Beugemittel zur Durchsetzung von (Polizei-)Verfügungen[60] eingeführt worden.

---

56) Stein DVBl. 56, 510 ff.; in diesem Sinne schon früher Hofacker VA 14, 447 ff. Zu Unrecht sehen das OVG Berlin NJW 55, 1854 und Forsthoff S. 286 Fußn. 4 schon de lege lata das Zwangsgeld schlechthin nur noch als Beugemittel. Diese Ansicht übersieht, daß für die Rechtsnatur nicht die Etikette, sondern die Rechtswirklichkeit maßgebend ist; vgl. dazu die Auseinandersetzung um die gebührenpflichtige Verwarnung; ebenso Stein DVBl. 56, 510

57) Im Kommunalrecht findet sich noch an verschiedenen Stellen das Zwangsgeld als Strafe, vgl. Stein a. a. O.

58) nds SOG v. 21.3.51 (GVBl. 79) i.d.F. v. 23.4.55 (GVBl. 175); im Saarland ist das pr PVG eingeführt durch VO v. 22.2.35 (RGBl. I, 224); Baden-Württemberg: 92 I 5 c PolG i.d.F. v. 16.1.68 (GBl. S. 61)

59) Nordrhein-Westfalen: § 33 PVG in der für NW geltenden Fassung v. 27.11.53 (GVBl. S. 403); § 34 Ordnungsbehördengesetz i.d.F. v. 28.11. 61 (GVBl. S. 305); Bremen: § 31 PolG v. 5.7.60 (GesBl. S. 73); Berlin: § 33 PVG i.d.F. v. 2.10.58 (GVBl. S. 961); Hessen: § 40 Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung v. 17.12.64 (GVBl. S. 209); Rheinland-Pfalz: Polizeiverwaltungsgesetz v. 26.3.54 (GVOBl. S. 31); Schleswig-Holstein: Landesverwaltungsgesetz (§§ 202 ff.) v. 18.4.67 (GVOBl. S. 131)

60) vgl. Gesetzesnachweise bei H.J. Wolff III, S. 282 f.

§ 5

DIE STRAFKOMPETENZ DER VERWALTUNG DARSTELLUNG UND KRITIK DER HERKÖMMLICHEN MEINUNGEN UND VORBEREITUNG DER EIGENEN LÖSUNG

Die Frage der Strafkompetenz der Verwaltung war, wie die obigen Darstellungen gezeigt haben, Grund und Ursache für die Einführung der Geldbuße, der g.V. und schließlich auch des Zwangsgeldes in seiner doppelten Form. Durch Einführung dieser Sanktionen sollte der Grundsatz "nulla poena sine lege", sowie dessen angebliche prozeßrechtliche und gerichtsverfassungsrechtliche Ergänzung[1] "nulla poena sine iudicio" respektiert werden und dennoch der Verwaltung bestimmte Sanktionsmittel in die Hand gegeben werden. Nachdem oben nachgewiesen wurde, daß es sich sowohl bei der Geldbuße, wie auch bei der g.V. (das Zwangsgeld gem. § 33 PVG kann hier dahinstehen, da es im wesentlichen abgeschafft worden ist) um Strafen handelt, bleibt zu prüfen, ob der Satz, nur Richter dürfen strafen bzw. die Verhängung von Strafen ist Rechtsprechung, die dem Richter vorbehalten ist, zutrifft. Dabei wird in den folgenden Ausführungen unter "Richter" nicht der Organträger, der Rechtsprechungsaufgaben wahrnimmt, verstanden, sondern mit der h.M. für das Bonner Grundgesetz derjenige staatliche Organträger, der in ein Richterverhältnis berufen ist: formeller Richterbegriff[2].

Anknüpfungspunkt für die Frage nach der Strafkompetenz der Verwaltung ist Art. 92 GG, genauer der Begriff "rechtsprechende Gewalt". Nur wenn sich feststellen läßt, daß dieser Begriff einen klar umrissenen Aufgabenbereich enthält, der als solcher nicht durch das Organ bedingt ist (materieller Begriff der rechtsprechenden Gewalt), kann eine Aussage darüber getroffen werden, ob die Geldbuße oder die g.V. in der Hand der Verwaltung die Verfassung verletzt. Ist dieser Begriff aber abhängig von dem zuständigen Organ, d.h. ist Rechtsprechung in diesem Sinne alles das, was durch die Gerichte ausgeübt wird (formeller Begriff der rechtsprechenden Gewalt), dann kann, zumindest aus d i e s e n Gründen, die gesetzgeberische Entscheidung, daß hierfür, d.h. für Geldbuße und g.V., die Verwaltung zuständig sein soll, nicht verfassungswidrig sein.

---

1) Bettermann, Strafgewalt S. 286

2) vgl. dazu Feucht S. 50 f. m.w.N.

A) Die rechtsprechende Gewalt: "materielle" oder "formelle" Auslegung

1. Vor Inkrafttreten des Bonner Grundgesetzes, insbesondere unter Geltung der Weimarer Verfassung, wurde unangefochten die Rechtsprechung in einem rein formellen Sinne verstanden. Danach waren "zur Rechtsprechung diejenigen überwiegend der Vollziehung allgemeiner Normen dienenden Staatsakte zu rechnen ..., deren Hauptzweck und Wirkung der Ausspruch dessen ist, was bei Anwendung allgemeiner Normen auf einen konkreten Tatbestand rechtens ist. Dieses Überwiegen ist aber nur möglich, wenn der Ausspruch verselbständigt ... wird. Es ist also nur möglich, auf Grund von organisatorischen und prozessualen Vorkehrungen, die der Gesetzgeber treffen oder unterlassen kann. Somit ergibt sich, daß es einen rein materiellen Begriff der Rechtsprechung nicht geben kann; er ist immer mit einem formalrechtlichen Element behaftet ..."[3]. Nach dieser Ansicht war sonach die Bestimmung des Aufgabenbereiches der Gerichte und damit die Rechtsprechung allein dem "einfachen" Gesetzgeber überlassen.

2. Für das Grundgesetz wird nur vereinzelt ein formeller Rechtsprechungsbegriff vertreten, so etwa von Zinn[4], im Anschluß daran von Süsterhenn-Schäfer[5], wohl auch von Gossrau[6].

3. Demgegenüber geht die herrschende Meinung[7], ausdrücklich auch das Bundesverfassungsgericht[8], davon aus, daß der Begriff "rechtsprechende Gewalt" im Grundgesetz in einem materiellen Sinne zu verstehen ist. Bestimmte vom Staat wahrzunehmende Aufgaben lassen sich danach von vornherein der rechtsprechenden Gewalt zuordnen, ohne daß das konkret auf Grund gesetzlicher Vorschrift tätig werdende Organ, das u.U. erst noch zu bestimmen ist, herangezogen wird. Diese zutreffende Ansicht ergibt sich im wesentlichen auf Grund folgender Argumente:

---

3) Thoma, HDStR, Bd.2, S.129; ähnlich: Laband, Staatsrecht S.149 f.; Anschütz, Reichsverfassung, Art.103 Anm.1; RGZ 107,315,323 f.

4) Zinn DÖV 49,278

5) Süsterhenn-Schäfer, Komm., Vorb. zum V. Abschnitt: Die Rechtsprechung

6) NJW 58, 929, 931

7) Arndt NJW 59,605 ff., 1230 f.; Bachof SJZ 50, Sp.161 ff., 488 ff.; Baur, DNotZ 55,507 ff.; Coring, Diss., S.53 ff.; Jescheck JZ 59,457, 462; Holtkotten, BK, Art.92 Anm.II 1 a; Letze NJW 56,1540,1541; Menger VA 51,66 ff.; Möllinger AöR 80,276 ff.; Niese ZStW 70,337, 352; Salzmann, Diss., S.71 ff.

8) E 22, 49, 74 f.

a) Der Begriff "rechtsprechende Gewalt" findet sich nur an einer Stelle in der Verfassung, nämlich in Art. 92 Halbsatz 1 GG. Die reine Wortinterpretation dieser Verfassungsbestimmung zeigt, daß "rechtsprechende Gewalt" nicht gleichgesetzt werden kann mit "richterlicher Gewalt", d.h. einem rein formellen Rechtsprechungsbegriff. Denn dann würde Art. 92 HS 1 GG lauten: Die von den Richtern ausgeübte Gewalt (= richterliche Gewalt) ist den Richtern anvertraut. Ein solcher tautologischer Inhalt würde dieser Norm jede eigenständige Bedeutung nehmen[9]. Da das der Verfassungsgeber unmöglich gewollt haben kann, muß die "rechtsprechende Gewalt" als ein bestimmter Aufgabenbereich, d.h. im materiellen Sinne, verstanden werden. Dem entspricht es auch, daß das Wort "rechtsprechend" im Gegensatz zu "richterlich" deutlich darauf hinweist, daß es sich um eine Tätigkeit handeln muß, die als solche, unabhängig vom zuständigen Organ, bestimmt ist[10]. Ebenso fügt sich Art. 92 HS 2 GG nur dann sinnvoll an, wenn man von einer Funktion, einer Aufgabe ausgeht, denn nur eine solche kann "ausgeübt" werden, nicht aber eine Institution[11].

b) Nur mit einem materiellen Rechtsprechungsbegriff kann auch der geschichtliche Hintergrund in Einklang gebracht werden. Das Grundgesetz muß als eine "Gegenverfassung" zur Weimarer Verfassung[12], d.h. als eine Reaktion auf den Rechtszustand während des Dritten Reiches verstanden werden. Die in dieser Zeit praktizierte Entwertung des Menschen zum bloßen Objekt staatlichen Handelns und die damit zusammenhängende Entmachtung der dritten Gewalt zugunsten der dem unmittelbaren staatlichen Befehl unterstehenden Exekutive sollte für die Zukunft verhindert und unmöglich gemacht werden[13]. Zur Erreichung dieses Zieles wurde die Rechtsprechung in erheblichem Maße verstärkt und aufgewertet[14] und der Exekutive als Gegengewicht gegenübergestellt, um so dem Bürger künftig einen stärkeren Schutz gegen staatliche Eingriffe zu gewähren[15]. Die Rechtsprechung wurde als echte Gewalt ausgestaltet, die den beiden anderen Gewalten selbständig und ranggleich gegenübersteht[16]. Eine solche Wirkung kann aber mit einem formellen Recht-

---

9) vgl. dazu ausführlich Möllinger AöR 80, 285 ff.; zust.: Lotze NJW 56, 1541; Bender S. 14; Salzmann S. 72; s. auch unten Fußn. 18

10) Coring S. 58; Salzmann S. 72

11) Bender S. 16

12) Copic, S. 1

13) Arndt, Festschrift, S. 7; s. auch unten § 6, 2

14) vgl. Bachof, Richtermacht, insbes. S. 32 f.

15) Möllinger AöR 80, 280

16) Kern, Geschichte, S. 293; Holtkotten, BK, Art. 92, Erl. I, 2 und II, 1 b

sprechungsbegriff nicht erreicht werden; denn dann könnte die Legislative den Wirkungsbereich der Gerichte beliebig einschränken; die dritte Gewalt wäre damit der ersten Gewalt untergeordnet. Die rechtsprechende Gewalt muß daher im materiellen Sinne verstanden werden, d.h. als ein bestimmter Aufgabenbereich, der a priori klar umrissen und verfassungsrechtlich abgesichert ist[17])

c) Diese Aufwertung bestätigt auch die Entstehungsgeschichte. Während sich vor Geltung des GG die Regelung der dritten Gewalt in der Gewährleistung der Selbständigkeit und Unabhängigkeit der Gerichtsbarkeit erschöpfte, vgl. Art. 103 WV[18]), hat das Grundgesetz diese Garantien in Art. 97 I GG geregelt; darüber hinaus hat es in einer weiteren Verfassungsbestimmung die dritte Gewalt geregelt: Art. 92, insbes. HS 1 GG. Das Neuartige dieser Regelung gegenüber früher (dabei wurde bewußt "Gerichtsbarkeit" durch "rechtsprechende Gewalt" ersetzt[19])) zeigt, daß das GG mehr wollte, als nur die richterliche Unabhängigkeit zu regeln[20]). Der Bericht des Parlamentarischen Rates[21]) wie auch Veröffentlichungen verschiedener Mitglieder desselben[22]) lassen erkennen, daß die Rechtsprechung in einem vom Organ unabhängigen, rein materiellen Sinne zu verstehen ist[23]).

---

17) Möllinger a.a.O.

18) Damit erklärt sich auch, warum die früheren Regelungen der Rechtsprechung, etwa "Die richterliche Gewalt wird durch unabhängige, nur dem Gesetz unterworfene Gerichte ausgeübt", trotz dieser Formulierung nicht als Tautologie angesehen wurden, obwohl auch hierin die Selbstverständlichkeit liegt, daß die richterliche Gewalt von den Gerichten ausgeübt wird. Es galt nur, die richterliche Unabhängigkeit zu garantieren, nicht mehr, vgl. Möllinger AöR 80, 283 f.

19) vgl. Literaturnachweis bei Möllinger AöR 80, 280 f.

20) Möllinger AöR 80, 285; BVerfGE 22, 49, 75

21) Schriftlicher Bericht zum Entwurf des Grundgesetzes, DrS 850, 854 (Abg. Zinn): "Bemerkenswert erscheint die ... Vorschaltung eines besonderen Satzes ..."

22) vgl. Zusammenstellung wörtlicher Zitate bei Möllinger AöR 80, 280 f.

23) Dem entspricht, daß von der Systematik her, die dritte Gewalt im Grundgesetz unmittelbar hinter den beiden anderen Gewalten geregelt ist, während sie noch im Entwurf von Herrenchiemsee hinter dem Finanzwesen geregelt war; Grund für diese Umstellung war, die Bedeutung der dritten Gewalt hervorzuheben, vgl. Parl. Rat, DrS 343

B) Die rechtsprechende Gewalt: "gelockerte" oder "starre" Auslegung

1. Wie schon oben angedeutet, ist allein mit der Feststellung, daß der "rechtsprechenden Gewalt" nach dem Bonner Grundgesetz ein materieller Begriff zugrunde liegt, keine Klarheit darüber gewonnen, ob dieser Aufgabenbereich ausschließlich den Gerichten zugewiesen ist (so die "starre" Auslegungsmethode[24]), oder ob insoweit nur ein letztlich berufener Richter vorhanden sein muß, eine materielle Rechtsprechungsaufgabe somit auch in einem Vorschaltverfahren durch die Verwaltung wahrgenommen werden kann, gegen deren Entscheidung dann gem. Art. 19 IV GG der Richter angerufen werden kann und die daher nicht die unangreifbare Erledigung der Sache herbeiführen kann ("gelockerte" Auslegung[24]).

Diese verschiedenen Möglichkeiten ergeben sich daraus, daß ein materieller Rechtsprechungsbegriff nicht eo ipso bedeutet, daß sämtliche Rechtsprechungsaufgaben ausschließlich dem Richter vorbehalten sind. Er besagt vielmehr nur, daß grundsätzlich, in der Regel, (im Kernbereich; hierfür hat er Bedeutung), bestimmte Aufgaben von der dritten Gewalt wahrzunehmen sind, daß aber auf Grund von Herkommen o. ä. solche Aufgaben auch durch andere Gewalten wahrgenommen werden können. Die Verfassung ist insoweit nicht gebunden. Für das Grundgesetz entscheidet sich diese Frage bei der Auslegung des Wortes "anvertraut" in Art. 92 HS 1 GG.

Die vorgenannten Ansichten beschäftigen seit der Schaffung des Bonner Grundgesetzes die Literatur. Konkreter Gegenstand war dabei in erster Linie die Frage, ob das Steuerstrafverfahren, in dem die Finanzbehörden ermächtigt werden, Kriminalstrafen zu verhängen, als sogenanntes Vorschaltverfahren, nicht mit der Verfassung in Widerspruch stand. Entsprechend der sachlich geringeren Bedeutung war auch nur vereinzelt Gegenstand einer Erörterung das Poststrafverfahren gem. §§ 34 ff. Postgesetz vom 28. 10. 1871[25], wonach Postbehörden zur Verhängung von Kriminalstrafen ermächtigt waren; eine ähnliche Regelung enthielten auch §§ 122 ff. Seemannsordnung vom 2. 6. 1902[26]. Die verfassungsrechtlichen Argumente für und gegen das Steuerstrafverfahren haben zwar inzwischen an Bedeutung verloren, da durch die Entscheidung des Bundes-

---

24) Die Bezeichnung wurde von Feucht, Diss., S. 83 übernommen.

25) RGBl. 347; vgl. dazu Schmidt, Jahrb. des Postwesens 56/57, S. 157 ff.: Strafen fast nur unter DM 3.--, da es fast ausschließlich um § 27 I, 3 PostG (Wiederverwendung von Wertzeichen) gehe

26) RGBl. 175; zuletzt geändert durch G. v. 8. 2. 51 (BGBl. I, 79)

verfassungsgericht vom 6.6.1967[27]) die einschlägigen Bestimmungen der Abgabenordnung aufgehoben wurden und durch das kurz darauf ergangene Änderungsgesetz der Abgabenordnung vom 10.8.1967[28]) die Strafgewalt in vollem Umfang auf die Gerichte "übertragen" wurde[29]). Dasselbe gilt auch für das Strafverfahren nach der Seemannsordnung, das durch Seemannsgesetz vom 26.7.57[30]) aufgehoben wurde; ebenso wurde durch das Gesetz über das Postwesen vom 28.7.1969[31]) die Strafbefugnis der Behörden der Bundespost aufgehoben. Ungeachtet dieser Beseitigung der Kriminalstrafkompetenz verschiedener Verwaltungsbehörden hat die Frage nach der Strafgewalt der Verwaltung an Bedeutung nicht verloren, da es um ihre generelle Beantwortung, also nicht nur bezüglich Kriminalstrafen geht, und damit zusammenhängend um die Frage, wodurch eine Strafe zur Kriminalstrafe wird und was diese von jener unterscheidet. Für die vorliegende Arbeit gilt das ganz besonders, da hier die Geldbuße und die g.V. als Strafen erkannt wurden.

Bevor aber konkret auf die Strafkompetenz eingegangen wird, soll versucht werden, allgemein die Zuordnung der rechtsprechenden Gewalt vorzunehmen, ohne aber dabei zunächst den Inhalt dieses Aufgabenbereiches zu bestimmen. Daß es gerechtfertigt ist, zuerst allgemein zu fragen, ist die rechtsprechende Gewalt (d.h. bestimmte Aufgaben) ausschließlich den Gerichten vorbehalten oder nur letztlich, und erst danach festzustellen, was zu dieser rechtsprechenden Gewalt materiell gehört, zeigt sich an folgendem: Würde man umgekehrt verfahren, so hätte das zunächst gefundene Ergebnis, daß bestimmte Aufgaben zur rechtsprechenden Gewalt gehören, keinerlei primären Aussagewert; es hätte vielmehr nur Bedeutung für die nach-

---

27) E 22, 49 ff.

28) BGBl. I, 877

29) Dadurch wurde die schon lange geplante Umwandlung von Strafvorschriften der AO in Ordnungswidrigkeiten (AOStPOÄG BT-DrS IV, 2476 konnte nicht abschließend beraten werden; neu eingebracht BT DrS V, 1812) nicht aufgehoben, sondern nur zurückgestellt, vgl. 1. schriftlicher Bericht d. Fin.Ausschusses (BT DrS V, 1941, Abg. Schlee)

30) BGBl. II, 713; in den parl. Beratungen wurde auf die Verfassungsfrage der Verwaltungsstrafen nicht eingegangen (vgl. Steno.Ber. BT. DrS II, S.9975, 12923 ff., 12968 ff.); die amtl. Begründung behält ohne Begründung Straftatbestände den Gerichten vor (BT-DrS II, 2962, vor § 116 Ziff.4)

31) BGBl. I, 1006

rangige Frage, ob durch eine zu umfangreiche Übertragung solcher Aufgaben auf die zweite Gewalt ein verfassungswidriger Eingriff in den Kernbereich der dritten Gewalt erfolgt. Durch den hier vorgeschlagenen Weg wird demgegenüber die inhaltliche Bestimmung der rechtsprechenden Gewalt erst dann erörtert, wenn sich gezeigt hat, daß eine solche abstrakte Bestimmung unmittelbar verfassungsrechtliche Bedeutung für die Zuständigkeit hat.

2. Die zu untersuchende Frage lautet: Ist die Rechtsprechung (gleich materielle rechtsprechende Gewalt) "ausschließlich"[32] oder nur "letztlich"[33] dem Richter, d.h. der dritten Gewalt, zugewiesen.

a) Für die Richtigkeit ihrer Ansicht berufen sich sowohl die Vertreter der gelockerten, wie auch der starren Auffassung gleichermaßen auf den Grundsatz der Gewaltenteilung. Erstere führen dazu aus, die Gewaltenteilung gälte in unserem Staat nicht uneingeschränkt, da sie nicht lückenlos durchgeführt sei, vielmehr dieser Grundsatz als "modifizierbar"[34] betrachtet werde, der "Ausnahmen", "Abweichungen" und Überschneidungen zuließe[35]. Demgegenüber wird von den Vertretern einer starren Auffassung erklärt, schon der Grund-

---

32) Vertreter der "starren" Auslegung:
Arndt NJW 59,605, ders. Festschrift S. 5 ff.; Baur DNotZ 55,507 ff.; Bettermann, Grundrechte III, 2, S.779 ff., 873 ff., ders. Strafgewalt, S.290 f., ders. AöR 92, 496 ff., 500 ff.; Bender S.16 ff.; Cordier NJW 67, 2141, 2142; Dernedde ZJBl. 49, 101, 102; Haas-Redding JZ 53, 545; Haas DVBl. 57, 368, 371; Habscheid MDR 66, 1 ff.; Hagedorn DÖV 66, 408 ff., 409; Holtkotten, BK, Art.92 Erl.II d; Kern, Gerichtsverfassungsrecht 3, S.54, 73, 90; wohl auch Kern-Roxin S.304; Lotze NJW 56, 1540; v.Mangoldt 1., Art.92, Anm.3; Menger-Erichsen VA 1968,70;Möllinger AöR 80, 276 ff.; Niese ZStW 70, 337, 354; Salzmann, Diss., S.71 ff., 73; Schorn JR 65, 171; Strauß SJZ 49, 523 ff.; v.Weber MDR 55,386,387; H.J.Wolff Bd.I, ,7.Aufl., S.79, Bd.III, S.272; BVerfGE 22, 49 ff., 74 f.

33) Vertreter der "gelockerten" Auffassung:
Bachof SJZ 50, Sp.163, ders. VerfR. Bd.I, Teil 2, A 15; BVerwGE 5,69; BGHSt 13, 102 ff.; BFinHGrS E 66, 517 ff., 521; Haver NJW 57, 88 ff.; Klein, Gutachten, S.9 ff. m.w.N.; Kern MDR 50, 582 ff., 587; Löwe-Rosenberg (Schäfer) § 13 GVG Anm.2; Maunz, Staatsrecht, S.248 f.

34) Möllinger AöR 80, 277

35) vgl. etwa Klein S.16

satz der Gewaltenteilung verbiete die Bestrafung kriminellen Unrechts durch die Verwaltung[36]. Zwar sei dieser Grundsatz in der Verfassung nicht lückenlos durchgeführt. Dadurch könne jedoch nicht die Berechtigung des einfachen Gesetzgebers hergeleitet werden, ohne verfassungsrechtliche Ermächtigung solche Ausnahmen festzulegen[37].

Weder die Existenz zahlreicher "Gewaltenvermengungen"[38] sprechen für eine generelle Durchbrechung des Gewaltenteilungsgrundsatzes (dazu bedürfte es vielmehr des Nachweises besonderer verfassungsrechtlicher Gründe für jeden Einzelfall), noch kann aus der fehlenden ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Ermächtigung (insoweit würde die Zulassung genügen) auf das Gegenteil geschlossen werden. Denn allgemeine Schlüsse n u r aus dem Gewaltenteilungsgrundsatz gewinnen zu wollen, ohne seine durch eine konkrete Verfassung modifizierte Variante zu berücksichtigen, ist grundsätzlich unzulässig[39], aber auch gar nicht möglich; eine Auslegung kann nicht von einem abstrakten, gedachten Grundsatz ausgehen, für dessen Ausgestaltung es keine absoluten Kriterien gibt[40] und der Bedeutung nur in der konkreten "Spielart" hat, wie er durch die einzelnen Verfassungen, hier also durch das Bonner Grundgesetz, positiviert und ausgestaltet ist[41]. Es kann daher nicht allein unter Berufung auf Art. 20 III GG eine Ansicht be- oder widerlegt werden, vielmehr muß im vorliegenden Falle auf Art. 92 zurückgegriffen werden, der die maßgebliche Norm für die dritte Gewalt ist; es kann also n u r gesagt werden, w e i l eine gesetzliche Regelung gegen Art. 92 verstößt, d e s h a l b verstößt sie auch gegen Art. 20 III GG, nicht aber ist eine Aussage in umgekehrter Reihenfolge möglich.

b) Ein Verstoß gegen Art. 92 kann in der Wahrnehmung materieller Rechtsprechung durch die Verwaltung nur dann liegen, wenn der in HS 1 verwandte Begriff "anvertraut" bedeutet, daß die rechtsprechende Gewalt in die a u s s c h l i e ß l i c h e Zuständigkeit des Richters fällt. Denn, worauf schon hingewiesen wurde, allein aus dem materiellen Rechtsprechungsbegriff ergibt sich nicht die ausschließliche Zuständigkeit des Richters.

Wie aber Feucht (S. 83) zutreffend ausführt, stützt der Wortlaut des Art. 92 HS 1 bei unbefangener Betrachtung viel eher die Auffassung der starren

---

36) Lotze NJW 56, 1541
37) Arndt, Festschrift, S. 6; Mattern StuW 50, 351
38) Maunz-Dürig Art. 20 Rdnr. 80; Beispiele etwa bei Maunz S. 247 f.
39) Kägi, Gewaltenteilung S. 238 ff.
40) Bachof, Richtermacht, S. 36 41) Hall, Diss., S. 57

Auslegung als die der gelockerten. Denn "Anvertrauen" bedeutet üblicherweise, daß etwas jemandem "anheimgegeben", "anbefohlen" oder in "Verwahr" gegeben wird. Das kann aber nur heißen, daß jemandem die alleinige Sorge, der alleinige Schutz für eine Person, Aufgabe oder Sache übertragen wird und zwar jemandem ganz bestimmten, zu dem man Vertrauen hat und von dem man annimmt, er werde dieses in ihn gesetzte Vertrauen rechtfertigen und den erteilten Auftrag gewissenhaft erfüllen. Dieses Vertrauen wäre nicht recht verständlich, wenn jemandem nur eine allgemeine Überwachung übertragen würde, da dabei die betreffende Aufgabe tatsächlich von jemandem anderen wahrgenommen wird. Dieser Interpretation könnte entgegengehalten werden, daß das Recht seinen eigenen Sprachgebrauch entwickelt und daß in einer Rechtsnorm verwendete Begriffe juristisch betrachtet nicht notwendig denselben Sinn haben wie im täglichen Leben, sie vielmehr "verrechtlicht" sein können. Abgesehen davon, daß eine solche Sprachverwirrung nicht wünschenswert ist und daß grundsätzlich auch bei Rechtsnormen von der natürlichen Wortbedeutung auszugehen ist, abgesehen davon müßte dann bei solchen verrechtlichen Begriffen auch der Normgeber von einem solchen, vom herkömmlichen Sprachgebrauch abweichenden Sinn ausgehen. Aus den Motiven zum Grundgesetz[42] ergibt sich jedoch, daß durch die gewählte Formulierung die den Richtern "anvertraute Macht" und das besondere Vertrauen besonders deutlich herausgestellt werden sollte[43]. Das Wortverständnis durch den Verfassungsgeber entspricht damit dem im täglichen Leben geltenden, so daß Art. 92 HS 1 GG im Sinne einer ausschließlichen Richterzuständigkeit ausgelegt werden muß[44].

Zuzugeben ist allerdings, daß mit dieser mehr philologischen Wortinterpretation nicht der unumstößliche Beweis dafür erbracht worden ist, daß nur die starre Interpretation dem Art. 92 HS 1 GG entspricht. Zum Nachweis der Richtigkeit der gelockerten Interpretation bedarf es aber dann der Darlegung besonders gewichtiger und erheblicher Gründe, die es rechtfertigen, eine dem Wortlaut widersprechende Auslegung vorzunehmen.

---

42) Parl. Rat, Schriftlicher Bericht (Abg. Zinn), S. 49

43) Bleibtreu, Komm., Art. 92 Anm. 1

44) vgl. etwa Holtkotten, BK, Art. 92 Erl. II, 1 d α: "Damit sind die Richter als die einzigen Repräsentanten staatlicher Gewalt herausgestellt und werden, insbesondere durch das Wort "anvertraut", geradezu zu solchen "erhoben"; ähnlich Habscheid, MDR 66, 5: ... da der Gesetzgeber mit dem Wort "anvertraut" deutlich zum Ausdruck bringt, daß "neben" und "vor" dem Richter niemand Rechtsprechung ausüben darf.

c) Maunz[45] gibt als Interpretation von Art. 92 HS 1 GG zwei "gleichwertige Auslegungen" an, nämlich:

1) Rechtsprechungsaufgaben dürfen nur von Gerichten wahrgenommen werden.
2) Für jeden konkreten Rechtsstreit muß die letzte angerufene Instanz der Richter sein.

Wenn er dazu weiter ausführt, es könne jedenfalls mit Art. 92 "nicht vorgeschrieben sein", "eine ausnahmslose Übereinstimmung der Tätigkeit der Gerichte mit Rechtsprechungsakten im materiellen Sinn und eine ausnahmslose Übereinstimmung der Tätigkeit vollziehender Behörden mit Verwaltungsakten im materiellen Sinn", so kann ihm nicht gefolgt werden. Zum ersteren bringt Maunz für den zweiten Teil keinen Beleg, stellt ihn vielmehr als These hin, die in bezug auf die Rechtsprechung gerade zu prüfen ist. Zum anderen ist es zwar zutreffend, daß Richter nicht nur rechtsprechende Tätigkeit aus üben (das ergibt sich aus § 4 Deutsches Richtergesetz und daraus, daß insoweit eine dem Art. 92 GG vergleichbare Formulierung für die Gesetzgebung fehlt, ferner auch daraus, daß Art. 92 HS 1 GG nicht lautet: "... nur die rechtsprechende Gewalt ..."); um diese Feststellung geht es jedoch nicht; fraglich ist vielmehr allein, ob dieser Satzteil umkehrbar ist, d.h., ob in Art. 92 GG zum Ausdruck kommt, daß Rechtsprechungsakte nur durch Gerichte erlassen werden können. Wenn Maunz eine solche Umkehr mit dem Hinweis auf die "in Deutschland herkömmliche Gewaltentrennungslehre" (S. 249) ablehnt, so hätte es dafür besonderer Nachweise bedurft (s. oben 2 a). Auch das frühere Argument von Maunz[46], daß für eine "derart grundstürzende Abweichung" (sc.: Rechtsprechungsmonopol der Gerichte) von der bisherigen Praxis "andere, präzisere Worte verwendet werden müssen, um den erstrebten Rechtszustand zu verdeutlichen", vermag die gelockerte Auffassung nicht zu tragen. Denn zum einen stellt die starre Auffassung keine Abweichung von dem früheren Rechtszustand dar. Denn vor dem Bonner Grundgesetz gab es im eigentlichen Sinn die Frage nicht, ob Rechtsprechung durch Verwaltung verfassungsrechtlich möglich ist. Auf Grund des für die Weimarer Verfassung anerkannten formellen Rechtsprechungsbegriffes tauchten in der damaligen Zeit Bedenken z.B. gegen die Strafbefugnis der Verwaltung im Hinblick auf die Gewaltenteilung gar nicht auf[47]. Solche konnten erst unter dem Bonner Grundgesetz auftreten, das in der Frage der Gewaltenteilung

---

45) Staatsrecht, S. 248
46) Staatsrecht, 10., S. 214
47) Arndt, Festschrift, S. 5

neue Wege geht. Dann kann aber auch das Bonner Grundgesetz insoweit nicht quasi als Fortsetzung der Weimarer Verfassung angesehen und für Abweichungen von dieser die Beweislast umgekehrt werden. Die Frage der "ausschließlichen Richterzuständigkeit" ist daher allein dem Grundgesetz zu entnehmen. Von einem "muß" zur Deutlichkeit desselben kann keine Rede sein[48]. Darüber hinaus bringt aber auch die Formulierung des Art. 92 HS 1 GG eine solche "neue" Regelung m.E. klar und eindeutig zum Ausdruck, so daß auch der Einwand schon äußerlich nicht überzeugt.

d) Ebenfalls unter Berufung auf die Rechtsauffassung der Weimarer Zeit wird versucht, die Richterzuständigkeit auf die Einschaltung als letztlich berufenen Richter zu beschränken. So wird ausgeführt, daß nach dem Grundgesetz Vorschaltverfahren nur in den Rechtsprechungsbereichen zulässig seien, in denen im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Grundgesetzes solche Verfahren eingerichtet waren, so im Gemeindegerichtsverfahren, Polizeistrafverfügungsverfahren (dessen Wiedereinführung nach Abschaffung durch das Vereinheitlichungsgesetz für zulässig erachtet wird) sowie im Finanz- und Poststrafverfahren. Demgegenüber seien dort, wo in vorkonstitutioneller Zeit Rechtsprechungsbereiche durch Gesetz dem Richter vorbehalten waren, diese nunmehr ausschließlich dem Richter anvertraut und ihre Übertragung auf die Verwaltung verfassungswidrig[49]. Diese differenzierende Betrachtung, die von der gelockerten Auffassung ausgeht, sieht ihre Rechtfertigung darin, daß das Grundgesetz zwar "ohne Zweifel die Stellung der dritten Gewalt verstärkt und erweitert" habe, weshalb es Vorschaltverfahren nur in "engen Grenzen" geben dürfe; auch sonst gehe man aber davon aus, daß bestimmte rechtliche Regelungen, die vor der Zeit des Grundgesetzes galten, fortgelten sollen, weil sie das Grundgesetz gekannt habe und deshalb angenommen werden dürfe, daß, wenn sie nicht ausdrücklich mißbilligt wurden, sie auch für das Grundgesetz für zulässig erachtet wurden[50].

Dieses letzte Argument scheint in der Tat zu überzeugen. Der damit enthaltene Ausgangssatz bedarf jedoch notwendig einer Einschränkung. Allein die Existenz während der Weimarer Zeit und damit die Kenntnis des Grundgesetzgebers kann die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines solchen Rechtsinstitutes nicht begründen. Dazu muß vielmehr noch kommen, daß der Verfassungsgeber auch im übrigen an den Rechtszustand unter der Weimarer Ver-

---

48) so auch Feucht, Diss., S. 86 f.

49) so Theilacker, Diss., S. 85 f.

50) vgl. etwa die Beispiele bei Feucht Fußn. 263

fassung anknüpft. Diese Einschränkung bringt auch das Bundesverfassungsgericht[51] zum Ausdruck, wenn es in bezug auf die beschränkte Rechtskraftwirkung des Strafbefehls, die unter der Weimarer Verfassung anerkannt war, ausführt: "die Entstehungsgeschichte des Art. 103 III GG bietet keine Anhaltspunkte dafür, daß der Rechtssatz "ne bis in idem" durch die Aufnahme in das Grundgesetz inhaltlich geändert und die durch die Rechtsprechung gezogenen Grenzen anders als bisher bestimmt werden sollten". Der jetzige Verfassungsrechtssatz "nimmt daher auf den bei Inkrafttreten des Grundgesetzes geltenden Stand des Prozeßrechts und seiner Auslegung durch die herrschende Rechtsprechung Bezug ... diese Auslegung ... (muß) als vom Verfassungsgesetzgeber gewollt und daher als eine dem Art. 103 III GG immanente Schranke angesehen werden". Ein solcher Anhaltspunkt fehlt jedoch in der Entstehungsgeschichte von Art. 92 GG nicht. Vielmehr war es, wie schon oben ausgeführt, eindeutig die Absicht des Verfassungsgebers, und ist heute einhellige Meinung, daß durch die Verfassung, insbesondere Art. 92 GG, die dritte Gewalt aufgewertet und verstärkt und ihr Gewaltbereich deshalb auch dem Zugriff der anderen Gewalten entzogen werden sollte. Diese verfassungsrechtlichen Gesichtspunkte waren aber bei Schaffung jener Vorschaltverfahren nicht maßgebend, konnten es wegen des nur formellen, damit der Entscheidung des Gesetzgebers unterliegenden, Rechtsprechungsbegriffes auch gar nicht sein. Damit fehlt der gemeinsame Anknüpfungspunkt. Anerkennt man dieses Neuartige am Grundgesetz, insbesondere an Art. 92 GG[52], dann muß die Folge sein, daß die durch ganz andere Gründe gerechtfertigten vorkonstitutionellen Vorschaltverfahren jetzt allein an Art. 92 GG geprüft werden müssen. Allein die vormalige Existenz rechtfertigt nicht ihr Fortbestehen[53].

Die Einschränkungen, die der Bundesgerichtshof[54] bei Einrichtung von Vorschaltverfahren aufstellt, sind abgesehen davon schon allein aus praktischen Gründen ungeeignet. Wenn dort als erste Grenze aufgeführt wird: 'Art. 104 II GG, kein willkürliches oder gesetzlich ungeordnetes Verfahren, das die Menschenrechte und Grundfreiheiten verletzt', so mag das noch sinnvoll erscheinen. "Aber auch innerhalb dieser rechtlichen Grenzen wird es Gründe geben, des Herkommens und der Überlieferungen oder solche der Zweckmäßigkeit, die es verbieten, ein Verwaltungsvorverfahren einzuschalten".

---

51) E 3, 248 ff., 252 f.

52) was z.B. auch Theilacker a.a.O. tut

53) so zurecht Feucht, Diss., S. 95

54) BGHSt 13, 102 ff., 107

Diese Bestimmung von allein zulässigen Vorschaltverfahren ist aber, weil zu vage, als Richtschnur, z.B. für den Gesetzgeber, nicht tauglich; bei dieser Auslegung von Art.92 GG, zu welcher der Bundesgerichtshof kein bestimmtes Sachgebiet als Beispiel anzuführen vermag, bleibt letztlich unklar, was zum ausschließlichen Aufgabenbereich der Gerichte gehört. Damit entsteht aber die Gefahr einer uferlosen Ausweitung, und die Rechtsprechung stünde unter dem Vorbehalt des einfachen Gesetzgebers.

Gegen die Zulässigkeit von Vorschaltverfahren bestehen aber auch rein tatsächliche Bedenken, da hierdurch in der Wirklichkeit der Richter weitgehend von einer Entscheidung verdrängt wird. Man denke an das (frühere) Steuerstrafverfahren. Hier übt die Scheu vor einem öffentlichen Verfahren[55] sowie die Überlegung, das Finanzamt, das man auch in Zukunft noch braucht[56], nicht zu verärgern, einen Druck auf den Bürger aus, so daß er auch gegen seines Erachtens unrichtige Entscheidungen nicht den Richter anruft[57]. Fraglich ist, was dann noch von dem letztlich berufenen Richter "übrig bleibt".

Diese Bedenken versucht der Bundesgerichtshof mit dem Argument zu entkräften: "Auch sonst gilt der Satz: Wo kein Kläger, da kein Richter. Wer sich bescheidet, dem geschieht kein Unrecht".[58] Dieser Satz trifft aber letztlich die Problematik des Art.92 GG nicht. Denn er setzt schon begrifflich voraus, daß der Richter n i c h t ausschließlich zuständig ist. Wenn aber Art.92 GG den Satz enthält 'N u r Richter sind für eine bestimmte Aufgabe, z.B. zur Verhängung von Strafen, zuständig', dann kann eine Verletzung dieser Verfassungsnorm durch die Einwilligung des betroffenen Bürgers nicht geheilt werden[59]. Die Anwendung des Satzes "volenti non fit iniuria" setzt voraus, daß es sich um ein Recht handelt, das zur Disposition des Bürgers steht. Wie aber noch zu zeigen sein wird, verleiht Art.92 GG dem Bürger kein subjektives Recht[60]; Art.92 GG ist vielmehr lediglich eine Kompetenznorm, die eine Abscheidung der Zuständigkeiten zwischen Rechtsprechung einerseits und Verwaltung bzw. Legislative andererseits trifft. Die staatliche Kompetenzverteilung steht aber niemals zur Disposition des Bürgers[59].

---

55) Möllinger AöR 80, 298; Ellinger DStZ 50, 408

56) Möllinger AöR 80, 297

57) nach Möllinger AöR 80,298 wird gegen Strafbescheide der Finanzämter nur in 1-3% aller Fälle Antrag auf gerichtliche Entscheidung gestellt.

58) BGHSt 13, 106 f.

59) Bettermann, Strafgewalt S.287; vgl. auch die ähnliche Problematik bei der gebührenpflichtigen Verwarnung.

60) so aber unrichtig Menger JZ 60, 168

e) Vielfach wird in der Literatur für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Steuerstrafverfahrens auf die Zweckmäßigkeit eines solchen verwaltungsbehördlichen Strafverfahrens verwiesen (größere Sachkunde der Finanzbeamten, schnelleres Verfahren, da mehr Beamte u.a.m.[61]). Zweckmäßigkeitserwägungen haben jedoch nur dann Bedeutung, wenn rechtlich, d.h. verfassungsrechtlich, zwei oder mehr Verfahren möglich sind, unter denen es auszuwählen gilt. Sie haben jedoch kein selbständiges Gewicht, wenn es um die Frage geht, in welcher Weise rechtlich eine Norm auszulegen ist, also bei einer reinen rechtsdogmatischen Frage. Für die Entscheidung, ob letztlich oder ausschließlich der Richter für bestimmte Aufgaben zuständig ist, kann daher auf diese Gesichtspunkte nicht verwiesen werden. Ihre sachliche Richtigkeit kann daher im Rahmen dieser Arbeit dahinstehen[62].

3. In mehr oder minder deutlicher Form gehen die Vertreter der gelockerten Auffassung davon aus, daß durch Art.92 HS 1 GG grundgesetzlich gewährleistet sei, daß letztlich immer der Richter zu entscheiden habe, also entsprechend Art.19 IV GG. So führt etwa Maunz (a.a.O. S.249) aus: "Den gleichen Gedanken (nämlich "daß für jeden konkreten Rechtsstreit die letzte anrufbare Instanz richterlich sein muß", S.248) bringt bereits Art.19 IV GG im Verhältnis der einzelnen Persönlichkeit zu Maßnahmen der öffentlichen Gewalt zum Ausdruck"; ebenso Bachof, wonach durch Art.19 IV GG garantiert sei, daß "das letzte Wort immer ein unabhängiges Gericht habe", womit dem "Erfordernis des Art.92 GG Genüge geschehen" sei[63].

a) Dieser Ansicht kann entgegengehalten werden, daß sie im Ergebnis Rechtsprechungsakte und Verwaltungsakte völlig gleichstellt, da gegen beide Akte, zumindest auf Grund von Art.19 IV GG, die Anrufung des Richters möglich sei[64]. Diese Gleichstellung widerspräche aber der von der Verfassung gewollten Verstärkung der dritten Gewalt. Zwar bedeutet schon die lückenlose Rechtskontrolle der Verwaltung durch die dritte Gewalt eine Aufwertung der Rechtsprechung gegenüber früher; da aber auf diese Weise der Gesetzgeber in weitem Umfang eine Verwaltungszuständigkeit begründen könnte, könnte von einem Gleichgewicht der Gewalten keine Rede sein[65].

---

61) "Loyalität": Coring, Strafbefugnis S.70; Giese FR 57,217; Haver NJW 57, 88, 90; Mattern ZStW 67,383; vgl. allg. auch Terstegen, Gutachten S.94 - 115

62) vgl. zur Kritik etwa Habscheid MDR 66,4 f.; Feucht, Diss., S.96 ff.

63) SJZ 50, 163

64) so Salzmann, Diss., S.93

65) vgl. dazu Feucht, Diss., S.91

Diese Abhängigkeit von der Gesetzgebung würde der Verfassungsintention nicht gerecht werden.

Coring[66] versucht diese Gleichstellung zu widerlegen. Er glaubt, Unterschiede zwischen Verwaltungsakten und Rechtsprechungsakten durch die Verwaltung darin zu finden, daß letztere allein auf Grund von Art. 92 GG ohne weiteres "anfechtbar" wären, während Verwaltungsakte zum Teil überhaupt nicht (gemeint sind wohl Gnadenakte), im übrigen aber nur bei schlüssigem Vortrag einer konkreten Rechtsverletzung anfechtbar wären.

Diesen Ausführungen ist jedoch mit Dürig[67] entgegenzuhalten, daß es für die Frage des Rechtsschutzes nicht auf die überkommene Unterscheidung zwischen "Verwaltungsakten", "Regierungsakten", "innerdienstlichen Weisungen" u. a. m. ankommen kann; dieser hat sich vielmehr in erster Linie an dem Träger der öffentlichen Gewalt zu orientieren, von dem dieser Rechtsakt stammt[68]; danach fällt aber der Richterakt nicht unter Art. 19 IV GG[69], während Akte der beiden anderen Gewalten von dieser Norm erfaßt werden. In zweiter Linie richten sich die Voraussetzungen des Rechtsschutzes an der "Trias"[70]: "Verletzung" "eigener" "Rechte". Die formelle Bezeichnung des Rechtsaktes hat sonach für Art. 19 IV GG keine Bedeutung. Weiter ist die Existenz unanfechtbarer justizfreier Hoheitsakte heute sehr umstritten[71]; so sind Gnadenakte nach neuerer, stark im Vordringen begriffener Lehre und Rechtsprechung keineswegs mehr rechtsfreie Akte, sondern auch gerichtlich nachprüfbar[72]. Schließlich ist die Auffassung, daß gegen Rechtsprechungsakte der Verwaltung auf Grund von Art. 92 GG der Richter angerufen werden kann, unzutreffend. Art. 92 GG verleiht kein Recht an den Einzelnen, ist keine Rechtsweggarantie, sondern als Ausfluß von Art. 20 II 2 GG eine Ausprägung der vom Grundgesetz erstrebten Gewaltenteilung. Damit kann der Einzelne gegen Rechtsprechungsakte der Verwaltung auch nur auf Grund von Art. 19 IV GG bzw. spezialgesetzlichen Regelungen und damit unter denselben Voraussetzungen wie gegen Verwaltungsakte angehen[73].

---

66) Diss., S. 82 Anm. 111 67) in Maunz-Dürig, Art. 19 IV Rdnr. 10

68) Hamann, Komm., Art. 19 Anm. B 14

69) "Schutz durch den Richter, nicht gegen den Richter", Maunz-Dürig, Art. 19 IV Rdnr. 17; BVerwGE 8, 350, 351

70) Maunz-Dürig, Art. 19 IV Rdnr. 10 ff.

71) Maunz-Dürig, Art. 19 IV Rdnr. 23 ff.

72) vgl. BayVerfGH: NJW 66, 443 ff. mit ausführlichen Literaturnachweisen; ebenso NJW 68, 587 f.; Menger-Erichsen VA 1968, 284 ff.; a.A. BVerfGE 25, 352 ff.

73) Salzmann, Diss., Fußn. 397: jeder, der die Gerichte anruft, muß auch eine

b) Gegen die inhaltliche Gleichsetzung von Art. 19 IV und Art. 92 HS 1 GG wird von den Vertretern einer starren Auffassung erklärt, daß diese Ansicht dem Art. 92 GG jede "eigenständige Bedeutung" nehme, so daß dieser insoweit "leer laufe"[74]. Um diesem Einwand zu entgehen, wird versucht, trotz dieser Auslegung Art. 92 eine andere, weitere, über Art. 19 IV GG hinausgehende Bedeutung zu geben.

aa) So führt etwa Bender[75] aus, daß der Grundgesetzgeber auch in anderen Fällen tatsächlich denselben normativen Gedanken an jeweils verschiedenen Stellen der Verfassung und in anderem Zusammenhang zum Ausdruck gebracht hat. Die von Bender genannten Beispiele enthalten jedoch jeweils nur denselben Grundgedanken: so engt Art. 33 II und III GG den weiten Spielraum von Art. 3 I GG für einen Spezialfall ein, indem er "konkret" zum Ausdruck bringt, was gleich und was ungleich in dem speziellen Fall ist. Art. 33 II und III ist daher nicht lediglich ein Unterfall des allgemeinen Willkürverbotes aus Art. 3 I, da allein auf Grund dieser Norm auch "eine andere Lösung ... denkbar wäre"[76]. Weiter hat Art. 97 I GG nicht denselben Inhalt wie Art. 20 III GG. Vielmehr wird in Art. 97 I GG die Unabhängigkeit

---

Beschwer (Rechtsschutzinteresse) geltend machen.

74) Habscheid (MDR 66, 5; Menger JZ 60, 168; Möllinger AöR 80, 296; Lotze NJW 56, 1541; Arndt, Festschrift, S. 26; Arndt und Habscheid (S. 1) berufen sich allerdings zu Unrecht auf BVerfGE 10, 200 ff., 218 (Friedensgerichtsbarkeit). Wenn dort ausgeführt wird: "Die Möglichkeit, sie (die Friedensobergerichte gegen Bescheide der Friedensgerichte) mit einem Rechtsmittel anzurufen, ändert nichts daran, daß die Rechtsunterworfenen zunächst genötigt sind, vor einem im Regelfalle verfassungswidrigen erstinstanzlichen Gericht Recht zu nehmen", so ergibt sich daraus, zusammen mit den übrigen Entscheidungsgründen, nur, daß, so wie die Friedensobergerichte echte 2. Instanzen waren, die Friedensgerichte echte 1. Instanzen waren; da letztere aber keine Gerichte waren, fehlte im Instanzenzug die 1. Instanz. Deshalb, weil innerhalb jeden Gerichtszuges jede Instanz Gerichtseigenschaft haben muß, war das Friedensgericht als Nicht-Gericht verfassungswidrig. Daraus kann aber nicht entnommen werden, daß dann auch zusätzliche vorgeschaltete Verwaltungsbehörden, welche Rechtsprechungsaufgaben wahrnehmen und gegen die (uneingeschränkt) der gerichtliche Instanzenzug beschritten werden kann, verfassungswidrig sind. Zu einem solchen Verfahren hat das Gericht damals nicht Stellung genommen; so auch Kern JZ 60, 244, 245; Feucht, Diss., S. 47 ff., 119 ff.

75) S. 34 ff.

76) Maunz in Maunz-Dürig, Art. 33 Rdnr. 4

des Richters als dessen subjektives öffentliches Recht[77] gewährleistet. Bei den von Bender genannten Beispielen enthält sonach eine Norm stets eine zusätzliche besondere Regelung. Daß ihnen ein gemeinsamer Gedanke zugrundeliegt, rechtfertigt nicht, sie normativ gleichzustellen; eine solche Gleichstellung würde man auch nicht zwischen Art.2 I und z.B. Art.5 I 1 GG vornehmen, obwohl beide denselben Grundgedanken, nämlich die Freiheit der Person, enthalten. Eine sicher denkbare Beschränkung des Art.92 GG auf den Inhalt des Art.19 IV GG ist daher aus diesen Gründen nicht gerechtfertigt.

Um Art.92 GG eine über Art.19 IV GG hinausgehende Bedeutung zu geben, führt Bender dann aus, daß Art.19 IV eine Kontrolle der Rechtsmäßigkeit garantiere, ohne Entscheidung in der Sache selbst, während Art.92 GG eine "abschließende Entscheidung" gewährleiste. Sofern Bender damit sagen will, daß nach Art.92 HS 1 GG der Richter reformatorische eigene Ermessensentscheidungen treffen könne, während er nach Art.19 IV 1 GG lediglich den rechtswidrigen Hoheitsakt kassieren könne (die Ausführungen S.35 ff. sind allerdings nicht eindeutig), so kann dem nicht zugestimmt werden. Rechtsprechende Gewalt wird zweifellos auch von den Verwaltungsgerichten ausgeübt, Art.92 i.V.m. 95 I GG. Dennoch ist diese Rechtsprechung, entgegen der Ansicht von Bender, beschränkt auf die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Hoheitsakte; eine eigene Ermessensentscheidung (Zweckmäßigkeit) ist den Verwaltungsgerichten verwehrt, § 114 VwGO[78]. Auch insoweit hat sonach Art.92 GG keine über Art.19 IV GG hinausgehende Bedeutung. Dem weiteren Argument von Bender (S.38), daß sich aus Art.92 i.V. mit Art.3, 101 I 2 GG die Garantie eines mehrstufigen Verfahrens ergeben "könnte" (!), kann gleichfalls nicht gefolgt werden. Es ist weitgehend h.M., daß das Verfassungsrecht nicht zum Standard eines zweistufigen Verfahrens zwingt[79].

bb) Als "advocatus diaboli" versucht Feucht[80] gleichfalls nachzuweisen, daß es möglich ist, daß beide Bestimmungen bezüglich des letztlich berufenen Richters dasselbe zum Ausdruck bringen, daß aber Art.92 HS 1 GG darüberhinaus noch einen zusätzlichen Inhalt besitzt. Art.19 IV GG enthalte zum einen "eine Grundentscheidung über die Stellung der Rechtsprechung

---

77) Hamann, Art.97 Erl.A: "grundrechtsähnlich"

78) h.M., vgl. z.B. Ule S.9

79) Maunz-Dürig, Art.19 IV Rdnr.46; Bleibtreu, Komm. Art.19 Anm.18; BVerfG in ständiger Rspr.: E 11, 232, 233; 19, 323, 327 f.

80) Diss., S.88 f.

zur Verwaltung", zum anderen gewährleiste er ein Grundrecht auf Beschreitung des Rechtswegs. Art. 92 GG sei für den Bereich der dritten Gewalt eine Ergänzung zu Art. 20 II 2 GG, eine organisationsrechtliche Vorschrift, welche die Staatsorgane binde, deren Verletzung der Einzelne aber nicht rügen könne. - Mit dieser Deutung von Art. 92 GG wird Feucht dieser Bestimmung allerdings nicht gerecht. Die Frage ist nämlich, was diese Ergänzung beinhaltet. Auch Hamann, auf den sich Feucht (dort Fußnote 251) beruft, bezeichnet Art. 92 als mehr denn eine bloße Kompetenzregelung[81]. Denn der in Art. 20 II 2 geforderten Zuweisung der einzelnen Funktionen an bestimmte Organträger wäre mit Art. 92 HS 2 GG Genüge getan[82]. HS 1 hätte insoweit keine Bedeutung, sondern wäre lediglich eine deklaratorische Bestätigung, eine Floskel ohne rechtliche Relevanz.

cc) Nach allem kann sonach nicht davon ausgegangen werden, daß Art. 92 denselben Inhalt wie Art. 19 IV hat. Abgesehen vom Wortlaut spricht auch eine Vermutung dafür, daß der Grundgesetzgeber mit dem HS 1 nicht bloß eine Wiederholung erreichen wollte, sondern daß diese Regelung vielmehr eine darüberhinausgehende, eigenständige Bedeutung hat; sonst wäre unverständlich, warum über die nach Art. 20 II 2 GG geforderte Kompetenzzuweisung hinaus in HS 1 nochmals ausdrücklich betont wird, daß die rechtsprechende Gewalt den Richtern anvertraut ist. Dieser "Vorschaltung eines besonderen Satzes", die bei den anderen Gewalten nicht vorhanden ist, muß deshalb auch eine besondere Bedeutung beigemessen werden, die nur in einer "Exklusivwirkung"[82] zugunsten der Gerichte gesehen werden kann, d.h. Art. 92 HS 1 GG gewährleistet eine ausschließliche, praeventive Gerichtszuständigkeit im Gegensatz zu Art. 19 IV GG, der nur eine repressive Gerichtskontrolle gewährleistet.

dd) Von den Vertretern einer gelockerten Auffassung wird wiederholt geltend gemacht, die Möglichkeit, gegen eine im "Vorschaltverfahren" ergangene Entscheidung den Richter anzurufen, entspreche rechtsstaatlichen Forderungen[83]. Wenn dabei unter Rechtsstaatlichkeit zu verstehen ist, daß gegen alle staatlichen Maßnahmen der Bürger nicht rechtlos sein darf, sondern vielmehr sich hiergegen zur Wehr setzen und den Richter

---

81) Komm. Art. 92 Anm. A 1

82) Salzmann, Diss., S. 73

83) z.B. BGHSt 13, 102 ff., 106; Bender S. 28, 32; Gossrau NJW 58, 931 f.; Mittelbach MDR 59, 617, 618; Kiskalt, Polizeirecht S. 47: Eine Hybris in der Durchführung eines Grundsatzes (sc, richterliches Strafmonopol) kann auch den Gedanken des Rechts eher in das Gegenteil umwandeln.

anrufen können muß, so ist das sicher richtig. Daß unter einem solchen rechtsstaatlichen Gesichtspunkt auch Vorschaltverfahren eingeführt werden können, begegnet (abgesehen von gewissen Grenzen: Kernbereich) gleichfalls keinen Bedenken, da der Rechtsstaat nicht verlangt, daß die rechtsprechende Gewalt allein den Richtern anvertraut ist; sowohl die gelockerte wie auch die starre Auffassung entsprechen daher zweifellos dem Rechtsstaatsgedanken. Für diesen Begriff gilt aber das schon oben zum Gewaltenteilungsgrundsatz Ausgeführte: Es ist unzulässig, aber auch unmöglich, allein aufgrund dieses abstrakten Rechtsgedankens eine konkrete Entscheidung zu fällen. Denn der Rechtsstaatsgedanke als solcher ist viel zu unbestimmt, weitreichend und vage, als daß er eine solche eindeutige Entscheidung ermöglichen würde[84]. Der Fehler der gelockerten Auffassung, die sich auf dieses Argument beruft, liegt darin, daß sie aus einer zweifellos rechtsstaatlich möglichen Regelung den Schluß zieht, daß diese (dann) auch nach dem Grundgesetz zulässig sei[85]. Richtig ist vielmehr, wenn man prüft, welche konkrete Ausgestaltung das Gewaltenteilungsprinzip nach dem Bonner Grundgesetz erfahren hat und weiter, ob eine damit übereinstimmende Verfahrensgestaltung rechtsstaatlichen Grundsätzen entspricht. Falsch ist es, wenn eine bestimmte Verfahrensgestaltung - als "rechtsstaatlich" hervorgehoben wird und damit (d.h. deshalb) dem Grundgesetz ohne weitere Prüfung unterlegt wird[86]. Damit spielt man die Rechtsstaatlichkeit gegen das Gewaltenteilungsprinzip aus, obwohl letzteres "ganz zweifelsfrei zum Rechtsstaatsbegriff" gehört[87].

4. "Authentische Interpretation" von Art. 92 HS 1 GG durch den Bundesgesetzgeber

a) Für das Verfahren, das in erster Linie den Anstoß zu der Diskussion um die Zulässigkeit von Vorschaltverfahren gegeben hat, nämlich für das Verwaltungssteuerstrafverfahren[88], zum Teil aber auch generell[89] für die Zulässigkeit eines Vorschaltverfahrens, machen die Vertreter einer gelockerten Auffassung geltend, auch der Bundesgesetzgeber gehe von seiner Zulässigkeit aus. So habe er durch das Vereinheitlichungsgesetz vom 12.9.1950 nur die Beseitigung der polizeilichen Strafgewalt bezweckt und jedenfalls die finanz-

---

84) Klein S. 11
85) vgl. Feucht, Diss., S. 109
86) Feucht, Diss., S. 110
87) Maunz-Dürig Art. 20 Rdnr. 74
88) Mattern DStZ A 1957, 98/99; Klein S. 40 f.
89) Haver NJW 57, 89; Schäfer in Löwe-R., GVG § 13 Anm. 2

amtliche bewußt aufrechterhalten. - Das ist zwar zutreffend (vgl. §§ 421 ff. AO a.F.); nach § 6 II 2 EGStPO bleiben die Verfahrensvorschriften der Länder über Verstöße gegen Vorschriften, die auf die Abgabenordnung verweisen, "unberührt", so daß, entsprechend dem früheren Recht, die Verwaltung in diesem Bereich weiter zur Verhängung von Strafen durch die Länder für zuständig erklärt werden konnte. Wie sich aus der Entstehungsgeschichte ergibt, gingen der zuständige Ausschuß und damit auch der Gesetzgeber[90] davon aus, daß es "nachdem die rechtsprechende Gewalt eine ganz andere Stellung im Rahmen unseres staatlichen Organismusses erhalten hat als bisher, nicht mehr möglich ist, daß die Polizei richterliche Funktionen wahrnimmt und daß es eine eigene polizeiliche Strafverfügung nicht mehr" gäbe. Nach "heftigem Meinungsstreit ist nur die eine Ausnahme gemacht worden, daß diejenigen Fälle, die bisher nach der RAO zu behandeln waren, auch weiterhin nach der RAO behandelt werden". Unklar bleibt allerdings, wie der Ausschuß diese Regelung verfassungsrechtlich rechtfertigt, da doch s.E. "Strafen in Zukunft nur noch durch den Richter ausgesprochen werden können" (a.a.O. und, worauf Lotze[91] hinweist, zwischen Steuerstrafen und polizeilichen Strafen "kein grundsätzlicher Unterschied bestehe"). Auch die Deutung von Arndt[92], daß auf dem Gebiet der großen Justizgesetze ausschließlich eine Vereinheitlichung erstrebt wurde, nicht aber ihre Überprüfung mit dem Bonner Grundgesetz, begegnet Zweifel, da gerade die Materialien (s.o.) die verfassungsrechtlichen Erwägungen zumindest des Ausschusses erkennen lassen. Diese Frage kann aber dahinstehen, denn zumindest das kann gesagt werden, daß der Gesetzgeber insoweit keine klare und eindeutige Stellung bezogen hat, weder im Sinne der gelockerten, noch der starren Auffassung, so daß gestützt darauf keine authentische Interpretation von Art. 92 GG in einem bestimmten Sinne vorgenommen werden kann[93].

b) aa) Gegen eine einheitliche Haltung des Gesetzgebers kann allerdings nicht geltend gemacht werden, daß dieser zum einen die polizeiliche Strafverfügung abgeschafft hat, zum anderen aber Geldbußen eingeführt

---

90) Ausschuß für Rechtswesen und Verfassungsrecht, Berichterstatter Abg. Greve, 1. Wahlperiode, StenoBer. Bd. 4 S. 2885 f.

91) NJW 56, 1541, der als Vertreter der starren Auffassung aus dem Vereinheitlichungsgesetz entnehmen will, daß der Gesetzgeber von der Unzulässigkeit der Verwaltungskompetenz ausging; ähnlich Möllinger AöR 80, 288

92) NJW 57, 249

93) so im Ergebnis BGHSt 13, 102 ff., 109; Bender S. 44; Menger VA 51, 66 f., 68; Coring, Diss., S. 95

hat[94]. Denn nach Ansicht des Gesetzgebers (zumindest der früheren OWiGe; zu der Ansicht des Gesetzgebers des OWiG 1968 s. oben S. 52 ff.), und diese Ansicht ist für eine authentische Interpretation allein maßgeblich, bedeutet die Bußgeldkompetenz der Verwaltung keine Strafkompetenz, sondern vielmehr Wahrnehmen von Verwaltungsaufgaben (s.o. § 2). Die Geldbuße sollte daher auch wesensverschieden von der Kriminalstrafe sein. Es kann daher nicht, wie es etwa Schäfer[95] tut, erklärt werden, daß "nach der neueren Rechtsentwicklung" das Verwaltungsstrafverfahren als Vorschaltverfahren zulässig sei, da die Ordnungsstrafgewalt (gleich Kompetenz zur Verhängung von Geldbußen) unzweifelhaft mit Art. 92 GG nicht unvereinbar sei. Soweit damit der Gesetzgeber, d.h. sein Wille, angesprochen ist, ist dieses Ergebnis nur deshalb zutreffend, weil nach Ansicht des Gesetzgebers (ob tatsächlich, wie im Rahmen der Arbeit vertreten, die Gegenansicht zutrifft, hat hierfür keine Bedeutung) die Geldbuße keine Strafe ist.

bb) Dasselbe gilt auch für die g.V. (auch wenn man sie auf die Fälle des früheren § 22 StVG beschränkt, wo sie an die Stelle von Strafen traten), denn auch für sie ging der Gesetzgeber davon aus, daß es sich nicht um eine Strafe, sondern um ein "Erziehungsmittel", eine "verkehrsrechtliche Maßnahme" handelt (s.o.). Gleichfalls kann das Rechtspflegergesetz vom 8.2.1957 (BGBl. I, 18, ber. 44) eine uneinheitliche Haltung des Gesetzgebers nicht belegen[96]. Denn eine solche bestünde nur dann, wenn nachgewiesen würde, daß der Gesetzgeber die Tätigkeit, die er dem Rechtspfleger zur Wahrnehmung übertragen hat und die zuvor vom Richter wahrgenommen wurde, als materielle Rechtsprechungsaufgabe ansieht. Das ist aber gerade nicht der Fall. Denn aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich eindeutig, daß man nicht übertragen wollte: "1) Vorgänge, die Akte der Rechtsprechung darstellen ...."[97]. Selbst wenn man also der Ansicht wäre, daß es sich tatsächlich um Rechtsprechungsakte handelt, kann diese Auffassung dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, weil dieser Rechtsprechungsaufgaben nicht übertragen wollte[98].

---

94) so BGHSt a.a.O.

95) Löwe-Rosenberg, GVG § 13 Anm. 2

96) a.A. Coring, Diss., S. 95

97) Abg. Dr. Strauß (Staatssekr. i. BMJ) bei der 2. und 3. Lesung des Rechtspflegergesetzes, StenoBer. 2. WP, S. 9975 ff., 9978

98) Auch das Feststellungsverfahren in Jagdschadenssachen durch die Verwaltung gem. § 35 BJagdG, das von der einschlägigen Literatur als Rechtsprechung bezeichnet wird (vgl.: Mietzschke-Schäfer, Kommentar z. Bundesjagdgesetz § 35 Anm. I 10; Lorz, Jagdrecht § 35 Anm. 2; vgl. auch Bettermann AöR 92, 496, 499.) kommt für eine authentische Interpretation nicht

c) Eine Stellungnahme des Bundesgesetzgebers im Sinne der starren Auffassung, zumindest für einen Teil der Rechtsprechung, ergibt sich aber aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes zur Änderung strafrechtlicher Vorschriften der Reichsabgabenordnung und andere Gesetze[99]. Der Bundestag hatte schon in der 4. Wahlperiode einen Gesetzesentwurf behandelt, in welchem die Strafgewalt der Finanzämter abgeschafft werden sollte[100]. In der amtlichen Begründung des Entwurfes hieß es noch, diese Abschaffung erfolge "ohne Rücksicht darauf, ob sie einem zwingenden verfassungsrechtlichen Verbot entspricht", sondern nur "um das Steuerstrafrecht dem allgemeinen Strafrecht so weit wie möglich anzupassen" (S. 15).

In der 5. Legislaturperiode des Bundestages wurde erneut ein solcher Entwurf eingebracht. Dazu hieß es aber in der amtlichen Begründung, daß die Verwaltungsstrafgewalt "nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu dieser Frage[101] bedenklich" wäre, und die "schon vorhandene Rechtsunsicherheit" wegen des Streites um die Strafgewalt der Finanzämter sich durch deren Aufrechterhaltung "noch verstärken würde"[102]. Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 6.6.1967 wurde im ersten schriftlichen Bericht des Finanzausschusses zum Strafänderungsgesetz der Abgabenordnung[103] im Hinblick auf diese Entscheidung erklärt, daß Kriminalstrafen nur durch ordentliche Gerichte verhängt werden können: "Während die Regierungsvorlage (gemeint ist wohl die der 4. Legislaturperiode), die Änderung des Steuerstrafverfahrens lediglich als ein rechtspolitisches Anliegen ansah, ist diese Änderung seit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts ... verfassungsrechtlich zwingend geboten." Mit diesen Überlegungen wurde dann das Gesetz eingeführt. Mit der These, daß Kriminalstrafen zur Rechtsprechung gehören, so der Gesetzgeber, ergibt sich sonach aus diesen Äußerungen, daß der Gesetzgeber davon ausgeht, daß zumindest diese "strafende Rechtsprechung" n u r durch die Gerichte ausgeübt werden kann, also eine Stellungnahme im Sinne der starren Auslegung. Diese Heranziehung des gesetzgeberischen Willens für die Auslegung von Art. 92 GG beweist allerdings nicht zwingend die Richtigkeit der starren Auslegung. Auch die gesetz-

---

in Frage. Gesetzgeberisches Motiv für dieses Verfahren war lediglich seine Praktikabilität, verfassungsrechtliche Erwägungen wurden nicht angestellt, vgl. zust. Feucht S. 108, Fußn. 298 m. Nachweisen.

99) AOStrafÄndG v. 10.8.67 (I, 877)

100) BT DrS IV, 2476 Amtl. Begründung S. 15 ff.

101) gemeint ist hier BVerfGE 10, 200 ff. (Friedensgerichte) und E 8, 197 ff. (Bußgeldkompetenz)

102) BT DrS V, 1812, S. 18 ff., 19

103) (AbgSchlee) zu BT DrS V, 1941, S. 1

geberische Entscheidung ist nur eine Stellungnahme, die neben anderen in Literatur und Rechtsprechung steht. Als eine solche Stellungnahme, wenn auch sachlich beschränkt, kann aber m.E. das Steuerstrafrechtsänderungsgesetz von 1967 für die starre Auffassung in Anspruch genommen werden.

5. Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, daß die von der gelockerten Ansicht vorgetragenen Argumente die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Vorschaltverfahren nicht zu belegen vermögen. Vielmehr ergab sich aufgrund des Wortlautes und der Absicht des Verfassungsgebers, eine verstärkte, selbständige und ranggleiche dritte Gewalt zu schaffen, daß die rechtsprechende Gewalt - wobei ihr Inhalt noch offensteht - ausschließlich und uneinschränkbar dem Richter vorbehalten ist. Es gibt sonach einen bestimmten Aufgabenbereich, der a priori begrenzt ist und der in die ausschließliche Zuständigkeit des Richters fällt. Naheliegend ist es zu fragen, ob nicht die Verfassung selbst zum Ausdruck bringt, daß sie von einem solchen ausschließlichen Aufgabenbereich der dritten Gewalt ausgeht.

a) In erster Linie ist hier Art.104 II 1 GG in Betracht zu ziehen. Wenn danach über die Zulässigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung nur der Richter zu entscheiden hat (bei den in Art.104 weiter genannten Fällen, in denen auch die Verwaltung einstweilen eine Entziehung vornehmen kann, handelt es sich um Ausnahmen von dem genannten Grundsatz[104]), so ist damit die Freiheitsentziehung ausschließlich in die Zuständigkeit des Richters gegeben. Es ist damit von vornherein ein ausschließlicher Aufgabenbereich der dritten Gewalt gegeben, was als Bestätigung dafür genommen werden kann, daß die Verfassung selbst davon ausgeht, daß es einen eigenständigen, der Einschränkung durch den einfachen Gesetzgeber entzogenen Bereich der Rechtsprechung gibt.

Diesen Überlegungen hält Haver[105] entgegen, daß sich aus einem Vergleich von Art.92 mit Art.104 GG, wo nur der Richter zu entscheiden habe, ergäbe: "Das Grundgesetz unterscheidet also zwischen einer "ausschließlichen" richterlichen Zuständigkeit (Art.104 II GG) und einer nicht ausschließlichen (im Sinne der Zulässigkeit einer vorgehenden Verwaltungsentscheidung)." Es sei demnach nicht möglich, Art.92 so auszulegen, als wenn der 1. Halbsatz das Wörtchen "nur" enthielte. Dieser Schluß ist m.E. nicht zutreffend.

aa) Ihm ist vorab, wie schon wiederholt, entgegenzuhalten, daß

---

104) Hamann, Komm., Art.104 Anm. B 7

105) Haver NJW 57, 89 ff. unter II, 1

diese Auslegung dem HS 1 seinen Inhalt nimmt.

bb) Weiter geht Haver davon aus, daß nur die Entscheidung nach Art. 104 GG ausschließlich dem Richter vorbehalten ist, daß aber die rechtsprechende Gewalt im Sinne von Art. 92 GG nicht ausschließlich den Richtern zusteht. Zu dieser rechtsprechenden Gewalt gehört aber zweifellos auch die Verfassungsgerichtsbarkeit, da "sie (d.h. die rechtsprechende Gewalt) ... durch das Bundesverfassungsgericht ... ausgeübt" wird, Art. 92 HS 2 GG. Diesem Rechtsprechungsorgan ist aber z.B. durch Art. 100 GG ein bestimmter Aufgabenbereich ausdrücklich zur Wahrnehmung übertragen und der Beschränkung durch den Gesetzgeber entzogen[106] [107]. Damit umfaßt aber die rechtsprechende Gewalt im Sinne von Art. 92 GG auch Tätigkeiten, die ausschließlich, d.h. ohne "Zulässigkeit einer vorangehenden Verwaltungsentscheidung", den Gerichten übertragen sind. Die von Haver vorgenommene Unterscheidung zwischen Art. 92 und 104 ist daher nicht zutreffend, da nicht nur Art. 104, sondern auch z.B. Art. 92 GG Fälle umfaßt, die ausschließlich dem Richter zugewiesen sind.

cc) Die Ausführungen von Haver begegnen aber auch logischen Bedenken. Abstrakt ausgedrückt besagen sie: weil sich eine bestimmte Regelung oder Formulierung nur in der Norm A befindet, gilt sie nicht für die "ähnliche" Norm B; Haver folgert danach mittels eines Umkehrschlusses für Art. 92 GG eine nicht ausschließliche richterliche Zuständigkeit. Dieser Schluß ist jedoch keineswegs zwingend. Denn anstelle eines Umkehrschlusses ist logisch immer auch eine Analogie möglich[108], hier Art. 104 II 1 GG als Interpretations-"Hilfe" für Art. 92 GG. Ein Umkehrschluß ist daher nur gerechtfertigt, wenn die betreffende Regelung vom Normgeber als Ausnahme ausdrücklich gewollt ist, oder sich ein solcher Wille durch Auslegung er-

---

106) Bei diesen Entscheidungen wird es sich zwar um repressive Kontrolle handeln, nicht ist damit aber ein Vorschaltverfahren zugelassen; ein solches ist in der Tat undenkbar, wenn man z.B. an die Fälle von Art. 93 GG denkt.

107) Damit entfällt auch das Argument von Cordier (NJW 67, 2141, 2142): "Den Richtern ist nicht etwas als rechtsprechende Gewalt anvertraut... sondern die rechtsprechende Gewalt übertragen. Die besonderen Zuweisungen begründen zwar eine richterliche Tätigkeit, verkörpern aber keine Rechtsprechung."

108) Arthur Kaufmann, Analogie S. 28

mitteln läßt[109]. Für einen solchen Ausnahmecharakter, ohne dessen Nachweis der Umkehrschluß "logisch fehlerhaft" (Larenz a.a.O.) ist, bringt Haver jedoch keinen Nachweis. Allein die Formulierung genügt dafür nicht, da Art. 92 GG als Obersatz denkbar ist, der dasselbe in umfassender Weise zum Ausdruck bringt. Überprüft man die Verfassung danach, ob Art. 104 II 1 eine Ausnahmeregelung (nur hier ausschließliche Richterzuständigkeit) darstellt, so findet man eine Reihe von Vorschriften, die bestimmte, von der Sache her, also materiell bezeichnete Aufgaben in den ausschließlichen Zuständigkeitsbereich der dritten Gewalt stellen[110]. Diese Aufgaben sind dem Gesetzgeber für die Schaffung eines Vorschaltverfahrens entzogen. Die Entscheidung darüber, ob bestimmte Aufgaben in die ausschließliche Zuständigkeit einer der Staatsgewalten fallen, bedeutet zugleich die Entscheidung über die konkrete Ausgestaltung der Gewaltenteilung; denn, wie eingangs ausgeführt, diese kann nicht durch den einfachen Gesetzgeber erfolgen, vielmehr muß die Verfassung selbst in ihrer Gesamtheit diese spezielle Ausgestaltung zum Ausdruck bringen. Unter diesem Obersatz müssen daher die von der Verfassung getroffenen Zuweisungen als verbindliche, konkretisierende Aussagen verstanden werden. Die Einzelzuweisungen durch das GG bestätigen damit die hier vertretene Ansicht, daß die dritte Gewalt einen bestimmten Tätigkeitsbereich ausschließlich wahrzunehmen hat, der ihr nicht durch den einfachen Gesetzgeber entzogen werden kann, bei dem damit die Einrichtung von Vorschaltverfahren für die Verwaltungsbehörden unzulässig ist; denn, wie das Bundesverfassungsgericht ausführt, "die Sorgfalt, die das GG der Hervorhebung der rechtsprechenden Gewalt widmet ..., wäre schwer verständlich, sollte ihr Umfang schlechthin dem einfachen Gesetzesvorbehalt unterliegen. Die Schöpfer des Grundgesetzes haben der rechtsprechenden Gewalt diese besondere Sorgfalt gewidmet, weil sie sich bewußt waren, wie die Rechtsprechung unter dem nationalsozialistischen Regime ausgehöhlt und pervertiert worden war. Die Konstituierung einer eigenständigen ... rechtsprechenden Gewalt gehört danach zu den besonderen Zielen des Verfassungsgebers"[111]

---

109) Larenz, Methodenlehre, S. 368; Baumgarten, Grundzüge, S. 39: Analogie als Regel, Argumentum e contrario als Ausnahme

110) Art. 13, 2; 18, 21, II, 2; 61; 97, II; 98, II, V; 104 II; die von BVerfGE 22, 49 ff., ,75 weiter genannten Fälle Art. 14, III, 4; 15, 2; 34, 3; 41, II; 132, III sind demgegenüber vergleichbar mit Art. 19 IV; eine gewisse Sonderstellung nehmen allerdings z. T. die Zuständigkeiten des Bundesverfassungsgerichtes ein.

111) BVerfGE 22, 49, 75

C) Inhaltsbestimmung der "rechtsprechenden Gewalt" durch die Literatur

Nachdem der Nachweis erbracht worden ist, daß der Begriff "rechtsprechende Gewalt" im Sinne von Art. 92 HS 1 GG in einem materiellen Sinne zu verstehen ist (A) und daß dieser Funktionsbereich in die ausschließliche, dem einfachen Gesetzgeber entzogene, Zuständigkeit der dritten Gewalt fällt (B), ist es gerechtfertigt, diese rechtsprechende Gewalt abstrakt, inhaltlich zu bestimmen. Wenn sich aufgrund eines solchen Versuches ergibt, daß dieser Funktionsbereich durch bestimmte Kriterien gekennzeichnet ist, kann bei jeder einzelnen Staatstätigkeit, nachdem dieses Merkmal als vorhanden festgestellt worden ist, automatisch die Zuständigkeit angegeben werden (wenn der Nachweis einer ausschließlichen Zuständigkeit nicht gelungen wäre, wäre eine solche generelle Inhaltsbestimmung weitgehend unverständlich, da ohnehin immer nur über die individuelle Tätigkeit entschieden werden könnte und müßte).

Die Definitionsversuche eines materiellen Rechtsprechungsbegriffes beinhalten im wesentlichen zwei Argumente, zwischen denen allerdings ein gewisser Zusammenhang besteht.

1. So hat Friesenhahn[112] Rechtsprechung dann als vorliegend angenommen, wenn ein staatliches Organ "als unbeteiligter Dritter mit obrigkeitlicher Gewalt ausspricht, was bei Anwendung der allgemeinen Rechtsnormen auf einen konkreten Tatbestand Rechtens ist, um einen Rechtsstreit zwischen zwei Parteien zu entscheiden"[113]. Mit dieser Definition meint Friesenhahn,

---

112) Festschrift S. 27

113) ebenso Forsthoff S. 5/6; H. J. Wolff I., 5., S. 67 ff., in I., 7., S. 79 hat Wolff allerdings diese Ansicht aufgegeben, "weil die Rechtsprechung sich darin (Streitentscheidung) nicht erschöpft"; Rechtsprechung im materiellen Sinn ist jetzt "die rechtliche Beurteilung von Sachverhalten in Anwendung des geltenden objektiven Rechts durch ein unbeteiligtes Staatsorgan"; Mattern, ZStW 67, 363, 402 f.; Ule JZ 58, 628 ff., 629; v. Mangoldt, vor Art. 92, Anm. 3 a; Bachof, VerfR, Band I, Teil 2 A Nr. 15: Rechtsprechung, wenn in richterlicher Unabhängigkeit, Verwaltung, wenn als weisungsgebundene Behörde, entscheidend ist die gesetzlich vorgeschriebene Erledigung; BVerwGE 5, 69 ff., 71; E 8, 350 ff., 352: "Da Art. 92 GG die rechtsprechende Gewalt ausschließlich den Richtern anvertraut, ist jedoch die Übertragung von Rechtsprechungsaufgaben auf eine der beiden anderen Gewalten stets

im Gegensatz zu Thoma, die Teilung nach rein materiellen Kriterien vorgenommen zu haben (a.a.O. S.28). Aber auch diese Erweiterung der Definition von Thoma (s. oben § 5 A 1) ist nicht geeignet, a priori die Bestimmung einer bestimmten Staatsaufgabe als Rechtsprechung zu ermöglichen. Die Unrichtigkeit dieser Definition kann allerdings nicht in der Weise nachgewiesen werden, daß man das "Parteiverhältnis", oder "die Streitentscheidung" als zu eng bezeichnet[114], da sie wesentliche Teile der Rechtsprechung, z.B. die Entscheidung von Kriminalstrafsachen, nicht umfassten. Unabhängig davon, ob das Strafverfahren ein Parteienverfahren ist oder nicht[115], wird mit einem solchen Argument, selbst wenn die "Zugehörigkeit des richterlichen (!) Strafens zur Rechtsprechung ... noch niemals bestritten"[116] wurde, die Zugehörigkeit dieser Aufgaben zur Rechtsprechung v o r a u s g e s e t z t, obwohl sie doch gerade abstrakt erst zu beweisen ist[117]. Die Frage ist doch z.B., m u ß das Strafen "richterlich" sein? Weiter kann zwar im Sinne dieser Definition von Friesenhahn gesagt werden, daß z.B. "die Streitentscheidung durch einen unbeteiligten Dritten" zwar in der Regel ein Merkmal richterlicher Tätigkeit ist; daraus kann aber nicht entnommen werden, w a n n eine s o l c h e Tätigkeit v e r f a s s u n g s r e c h t l i c h erforderlich ist; nach dieser Definition trifft die Entscheidung d a r ü b e r allein der Gesetzgeber, der bestimmt, ob in Unabhängigkeit durch einen unbeteiligten oder ob durch einen weisungsgebundenen Dritten entschieden wird. Dieser vorgenannte Satz kennzeichnet den I n h a l t der meisten richterlichen Tätigkeiten, zur Bestimmung des U m f a n g s der von den Richtern wahrzunehmenden Aufgaben ist

---

als verfassungswidrig anzusehen. Dies bedeutet, daß w e n n das Patentamt seinem Wesen nach eine V e r w a l t u n g s b e h ö r d e ist, auch nicht etwa Teilbereiche sines Aufgabengebietes als Rechtsprechung anerkannt werden können." Zu Unrecht entnehmen Arndt, Festschrift, S.25 und Habscheid MDR 66,1 daraus ein Bekenntnis zur starren Auslegung; dafür spricht lediglich der 1. Satz, der aber durch den 2. Satz deutlich im Sinne eines formellen Rechtsprechungsbegriffes festgelegt wird; zust. Feucht, Diss., S.121 f.; auch Habscheid a.a.O. S.3 vertritt i.E. eine formelle Definition: Rechtsprechung ist der historisch gewachsenen Aufgabenkreis der Gerichte und die Entscheidungen, die von Richtern gefällt werden." Sobald die Unabhängigkeit ... entfällt, liegt i n h a l t l i c h keine Rspr. mehr vor" und kein Richterspruch.

114) zu ersterem: Salzmann, Diss., S.78/79 m.w.N.; zu letzterem: Bachof, VVDStRL 14, 174, 178; BVerfGE 22, 49 ff., 76

115) so wohl die h.M.; vgl. Salzmann, Diss., a.a.O.

116) Salzmann a.a.O. 117) so zu Recht Feucht, Diss., S.38 f.

er jedoch ungeeignet[118]. Allein um diese Frage geht es jedoch. Der Fehler dieser Definition liegt darin, daß sie auf das tätigwerdende Organ nicht verzichtet und nicht bestimmt, wann dieses Organ tätig werden muß. Ob ein bestimmter Akt zurecht vom Gesetzgeber einer Staatsgewalt übertragen ist, dafür kann aber logischerweise nicht die vom Gesetzgeber vorgenommene Zuweisung entscheidend sein, da es doch gerade gilt, deren verfassungsrechtliche Richtigkeit oder Unrichtigkeit zu überprüfen; es muß vielmehr unabhängig von dem gesetzlich zuständigen Organ die verfassungsrechtliche Zuständigkeit geprüft werden[119]. Diese Definition bedeutet somit im Ergebnis einen rein formellen Rechtsprechungsbegriff, da nach ihr der Gesetzgeber den Umfang der dritten Gewalt festlegt[118]. Dieser wurde schon oben als verfassungswidrig abgelehnt.

Ergänzend, wohl aus der Einsicht der Unzulänglichkeit seiner Definition heraus, zieht Friesenhahn noch den Begriff der Rechtsstaatlichkeit heran, wonach es sich "von selbst" verstehe, daß von der Verfassung her z.B. Strafen nur durch richterliches Urteil verhängt werden können. - Damit wird aber seine Definition nicht überzeugender oder klarer, da der Begriff Rechtsstaatlichkeit, wie schon gezeigt, einen weiten Bereich der Auslegung zuläßt. Rechtsstaatlich wäre zweifellos auch, daß immer nur eine Richteranrufung möglich sein muß; danach wären zweifellos unbedenklich die umfangreiche Einrichtung von Vorschaltverfahren auch z.B. auf dem Gebiet des Strafrechts. Rechtsstaatlich "von selbst" versteht sich daher ein Strafmonopol des Richters nicht[120].

2. Zum Teil wird rechtsprechende Gewalt auch definiert als "verselbständigte und mittels Repräsentation ausgeübte Staatstätigkeit, die für eine ... Berechtigung Rechtskraft wirkt"[121], als "rechtskraftwirkende Entscheidung durch Wahrheits- und Rechtsprüfung um der Gewißheit willen"[122]. - Auch diesen Definitionen ist entgegenzuhalten, daß sie nur den Inhalt

---

118) Gossrau NJW 58, 931

119) Jesch, Bindung, S.90

120) zust. Feucht, Diss., S.39

121) Arndt NJW 59, 605, 607; Bender S.29: rechtskräftige Entscheidung auch gegen den Willen des Betroffenen, zust.: Bleibtreu, Komm., Art.92 Rdnr.2

122) Arndt, Festschrift, S.15; vgl. Menger, System, S.22 ff. m.w.N.; Bettermann, Strafgewalt, S.304 f.

richterlicher Tätigkeit beschreiben bzw. deren Rechtsfolgen, nicht aber begrifflich anzugeben vermögen, wann eine solche Folge eintreten muß, d.h. wann der Richter zuständig sein muß und wann damit rechtsprechende Gewalt vorliegt; denn die Frage der Überprüfbarkeit einer Entscheidung bzw. die ipso jure-Rechtskraftwirkung einer solchen hängt von der schon vorher vorgenommenen Einordnung in den Bereich der Verwaltung bzw. Rechtsprechung ab[123]. Dabei ist sehr zweifelhaft, ob die Rechtskraft überhaupt als Kriterium herangezogen werden kann. Gem. §§ 65, 66 OWiG 1952 (§ 84 OWiG 1968) wird auch der Bußgeldbescheid, also ein "Verwaltungsakt", materiell rechtskräftig. Das Ordnungswidrigkeitsgesetz wurde aber noch nie aus dem Grunde verfassungsrechtlich angezweifelt, weil die Verwaltungsentscheidung rechtskräftig wird. Auch Jesch[124] steht auf dem Standpunkt, daß grundsätzlich, unter besonderen Voraussetzungen, auch Verwaltungsentscheidungen materiell rechtskräftig werden können. Bei dieser Bestimmung der Rechtsprechung nach der Rechtskraft hätte sonach der Gesetzgeber die Entscheidung darüber, ob Rechtsprechung vorliegt oder nicht[125].

3. Sowohl die Definitionsversuche unter 1. wie auch die unter 2. waren lediglich in der Lage, den Inhalt richterlicher Tätigkeiten zu bestimmen, indem sie wesentliche Elemente derselben aufzeigten. Diese "Istdefinitionen"[126] sind jedoch für die Frage nach dem "Muß" richterlicher Tätigkeit unverwertbar. Die Unzulänglichkeit der vorstehenden Definitionen weist zugleich auf die Schwierigkeit bei der Bildung einer Definition hin ("definitiv undefinierbar")[127]. Diese Schwierigkeiten ergeben sich daraus, daß die Entscheidungen, die herkömmlich als Tätigkeit der rechtsprechenden Gewalt angesehen werden, nämlich in Zivil-, Kriminalstraf- und Verwaltungssachen, und die man in einer Definition zusammenzufassen sucht, von der Sache her nur wenig Gemeinsames haben. Eine Definition, die alle Kriterien dieser Tätigkeiten in sich vereinen wollte, müßte daher zwangsläufig eine sehr allgemeine und sehr weit abstrahierte Formulierung enthalten, wie etwa "Rechtsanwendung auf einen bestimmten Sachverhalt im konkreten Einzelfall" oder "Bewahrung des Rechtes"[128]. Derart weit gefaßte Bestimmungen

---

123) Habscheid MDR 66, 3; H.J. Wolff I., 7., S. 79: Rechtskraft ist nicht begriffswesentlich, sondern erst eine Folge rechtsprechender Erkenntnisse.

124) Bindung, S. 69 ff.; ebenso H.J. Wolff S. 79 und 352 ff.

125) zust. Feucht, Diss., Fußn. 111

126) Menger-Erichsen VA 59, 71

127) Bender S. 11

128) Schneider AöR 82, 1 ff., 13 f.

machen aber eine Eingrenzung unmöglich und sind daher für rechtliche Qualifikationen untauglich. Die vorgenannten Schwierigkeiten legen es nahe, nicht zu versuchen, die rechtsprechende Gewalt von den Funktionen her bzw. deren Gemeinsamkeiten zu bestimmen, sondern vielmehr diese Frage von der "anderen Seite" her anzugehen. Im folgenden soll daher versucht werden, den Inhalt der rechtsprechenden Gewalt von den zuständigen Organen her, d.h. den Gerichten, deren Aufgabe, Zwecke und Bedeutung im Rahmen des Bonner Grundgesetzes zu bestimmen. Die verfassungsrechtlich ausdrücklich angeordneten, ausschließlichen Richterzuständigkeiten sollen im Hinblick auf gemeinsame Kriterien untersucht werden, die dann bei der Bestimmung der rechtsprechenden Gewalt heranzuziehen sind. Da sich die vorliegende Arbeit die Prüfung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Verwaltungsstrafkompetenz als Aufgabe gestellt hat und die obigen Ausführungen gezeigt haben, daß auch die Geldbuße und die g.V. Strafen sind, neben der Kriminalstrafe, bleibt als zu prüfen die Frage:

> Zur Verhängung welcher Strafen ist der Richter ausschließlich zuständig bzw.
> die Verhängung welcher Strafen gehört zur rechtsprechenden Gewalt?

Auf den ersten Blick mag es als gedanklicher Fehler erscheinen, die Bestimmung der Richterzuständigkeiten und damit der rechtsprechenden Gewalt nicht von den Voraussetzungen, d.h. von den Unrechtstatbeständen, vorzunehmen, sondern von der spezifischen Unrechtsfolge her, eben der Kriminalstrafe, der Geldbuße oder der g.V. Tatsächlich nimmt aber diese Abgrenzung auf die vom Gesetzgeber getroffenen Wertungen in genau demselben Maße Rücksicht, wie eine Abgrenzung von den Voraussetzungen her: Denn man muß sich vergegenwärtigen, daß Art und Schwere der Sanktion durch die gesetzgeberische Wertung des Unrechtsgehalts einer Tat bestimmt werden. Diese kommt also in der Sanktionsgestaltung zum Ausdruck[129]. Die Sanktion als Ausdruck der Bewertung und als Abgrenzungskriterium entspricht auch der gesetzgeberischen Praxis. Gem. § 1 StGB werden die Kriminalstraftaten untereinander allein nach der Sanktion abgegrenzt, noch deutlicher: Die Frage, ob eine Ordnungswidrigkeit oder eine Kriminalstrafe vorliegt, entscheidet sich gem. § 1 OWiG ausschließlich nach der angedrohten Sanktion. Die Abgrenzung von der Sanktion her ist daher gerechtfertigt.

---

129) Menger-Erichsen VA 59, 73

§ 6

EIGENE LÖSUNG

1. Zur Verhängung welcher Strafen ist der Richter ausschließlich zuständig?

a) Diese Frage kann nicht damit beantwortet werden, daß "gerade das Ordnungswidrigkeitengesetz zeigt ..., daß die Kriminalstrafe der Verwaltung entzogen ist; könnte auch die Verwaltung strafen, dann hätte das OWiG die Abgrenzung der Straftat von der Ordnungswidrigkeit nicht vornehmen müssen"[1], denn diese Erklärung unterstellt die gesetzgeberische "Abgrenzung" als richtig und verfassungsrechtlich erheblich, obwohl letzteres doch gerade erst zu prüfen ist. Auch die Feststellung, "die Verhängung von Strafen ... zur Ahndung begangenen Unrechts ist stets Rechtsprechung, egal ob es sich um Kriminal- oder Verwaltungsunrecht handelt"[2], ist unzutreffend, da auch Disziplinarstrafen und Ordnungsstrafen in diesem Sinne Strafen sind, die aber nicht in die ausschließliche Zuständigkeit des Richters fallen[3]. Ein solches "Strafmonopol" läßt sich auch nicht durch einen Hinweis auf Art. 103 GG belegen, der sich im 9. Abschnitt des Bonner Grundgesetzes, "Die Rechtsprechung", befinde und in dem die tragenden Grundsätze unseres Strafrechts verankert seien[4]. Art. 103 GG spricht schlechthin von "Strafen". Ein Kriminalstrafmonopol[5] kann aber dieser Norm nicht entnommen werden, da die

---

1) Habscheid MDR 66, 2

2) Kischa, Diss., S. 166; Cordier NJW 67, 2144: die "Tätigkeit der Rechtsfindung", Feststellung der objektiven und subjektiven Voraussetzungen der Strafe entscheiden darüber, ob Rechtsprechung vorliegt, nicht aber der Name der Rechtsfolge; Eser, Diss., S. 107: Wenn die Geldbuße Strafcharakter hat, dann ist (?) die Geldbußverhängung nicht Verwaltungsakt, sondern Richterspruch; sofern Eser nicht (entgegen der h. M., s. § 5 Fußn. 2) von einem materiellen Richterbegriff ausgeht, ist dieser Satz nur richtig de lege ferenda.

3) Bettermann, Grundrechte, S. 877

4) Salzmann, Diss., S. 86; Schorn JR 65, 171

5) unter Kriminalstrafen werden im folgenden stets Strafen i. S. d. StGB verstanden.

in ihr enthaltenen Grundsätze nach h.M. auch auf andere Straftaten Anwendung finden (s. weiter unten), ebensowenig aber auch ein generelles Strafmonopol, da, wie angeführt, nach h.M. nicht alle Strafen der Zuständigkeit des Richters vorbehalten sind. Aber selbst wenn man es für "schlechthin unbestritten" hält, daß die Entscheidung von Kriminalstrafsachen zur rechtsprechenden Gewalt gehört[6], bleibt offen, ob nicht auch die Geldbuße oder die g.V. Kriminalstrafen sind bzw., sofern das verneint wird, wodurch sie sich von denselben unterscheiden. Mit dem allgemeinen Satz, "daß die Strafrechtspflege (gemeint ist damit wohl die Verhängung von Kriminalstrafen)... geradezu der Prototyp rechtsprechender Tätigkeit ist"[7], ist jedenfalls keine Aussage über den Unterschied z.B. zum Bußgeldbescheid gemacht.

b) Das GG gebraucht an verschiedenen Stellen den Begriff der Strafe (Art.9 II, 11 II, 26 I, 46, 74 Ziff.1, 96 II 102, 103 II und III, 104, 140 GG i.V. mit Art.141 WV). An keiner Stelle kommt jedoch zum Ausdruck, was dabei unter "Strafe" zu verstehen ist. Es kann daher davon ausgegangen werden, daß das Grundgesetz keinen neuen Strafbegriff schaffen wollte, sondern vielmehr insoweit an die historische Rechtsentwicklung anknüpfen wollte.

Bei Auslegung der vorgenannten Artikel zeigt sich jedoch, daß unter Strafen nicht nur Kriminalstrafen, sondern auch Disziplinar-, Ordnungs-, Polizei- und Ordnungswidrigkeitenstrafen zu verstehen sind[8]. Von diesen Strafbildern

---

6) Salzmann, Diss., S.85 f.; ebenso Habscheid MDR 66,2; beide Autoren berufen sich zu Unrecht auf BVerfGE 12, 264 ff.,274,8, 197 ff., 207: "Denn sicher gehört die Ausübung der Strafgerichtsbarkeit zu den Funktionen dieser (sc. rechtsprechenden) Gewalt". Aus diesem zweifelos "untadeligen Satz" (Bettermann, Strafgewalt, S.281) kann aber nur entnommen werden, daß die Strafgerichtsbarkeit zur rspr. Gewalt gehört; die Frage ist aber, ob die Verhängung von Strafen zur rspr. Gewalt gehört; dazu enthalten die Entscheidungen keine Ausführungen; anders erst BVerfGE 22, 49 ff.

7) Niese ZStW 70, 353

8) so z.B. für Art.46 II GG: Maunz-Dürig, Art.46 Rdnr.40; v.Mangoldt-Klein, Art.46 Anm.IV,4; Hamann, Komm., Art.46 Anm.B 5. Art.74 Ziff.1 (Strafrecht): Tiedemann AöR 89, 56 ff., Art.103 II: Maunz-Dürig Art.103 Rdnr.114 ff.; Wiese VA 56,203 ff., 354 ff., Fußn.108. Art.103: unstr. innerhalb des Disziplinarrechts Maunz-Dürig Art.103 Rdnr.129 m.w.N.; str. im Verhältnis von Kriminalstrafe zu Disziplinarstrafe, vgl. dazu BVerfGE NJW 67,1654 ff., 1651 ff. mit krit. Anmer-

geht daher das Bonner Grundgesetz aus, diese nahm es als vorgegeben und in ihrer jeweiligen Ausgestaltung feststehend an[9]. Diese Strafen waren in der vorkonstitutionellen Zeit, mit Ausnahme der Kriminalstrafe, nicht dem Richter vorbehalten; ihre Verhängung stand zumeist aufgrund einer geschichtlichen Entwicklung in der Kompetenz der Verwaltung oder eines sonstigen Hoheitsträgers. Dabei ging man davon aus, daß es sich in der Regel nicht um eine abgeleitete, sondern um eine eigene Zuständigkeit des betreffenden Hoheitsträgers bzw. der Verwaltung handelte[10].

Dieses Ergebnis, daß nämlich die Mehrheit der vorhandenen Strafarten nicht in die Zuständigkeit des Richters fiel, wirft auf die richterliche Strafkompetenz ein anderes Licht. Die Richterstrafe stellt sich nämlich als eine Besonderheit dar, eine Abweichung von den anderen Strafarten, für die der Grundsatz der nichtrichterlichen Zuständigkeit gilt. Da dem GG nicht eine übertriebene Neuerungssucht unterstellt werden kann und da eine eindeutige Stellungnahme im Grundgesetz nicht vorhanden ist, muß angenommen werden, daß der Gesetzgeber nicht, in völliger Abkehr von der geschichtlichen Tradition, den Ausspruch jeder Art von Strafen dem Richter vorbehalten wollte. Für eine solche Neuheit hätte es eines ausdrücklichen Bekenntnisses bedurft; bezüglich der Strafkompetenz ist es daher grundsätzlich bei dem bisherigen Zustand geblieben[11].

Der "Richterstrafe" als Ausnahme kann nicht entgegengehalten werden, daß Disziplinar- und Ordnungsstrafen eine Besonderheit darstellen, denn es ist gerade die Frage, ob dasselbe auch für die Geldbuße des Ordnungswidrigkeitenrechts gilt. Unter diesem Gesichtspunkt ist daher auch die Zuständigkeit für eine vom Gesetzgeber neu geschaffene Sanktion (über die Zulässigkeit einer solchen Neuschöpfung siehe später), die sich von den vorhandenen abhebt, zu beurteilen. Es ist daher für die Geldbuße, die der Gesetzgeber deutlich charakterisiert und von der Kriminalstrafe abhebt, davon auszugehen, daß zu ihrer Verhängung grundsätzlich die Verwaltung zuständig ist, es sei denn, es sprechen besondere Umstände für eine Zuständigkeit des Richters. Für einen solchen Grundsatz spricht auch die amtliche Begründung zum WiStG

---

kung von Menger-Erichsen VA 59, 75 ff., jeweils m.w.N.

9) vgl. z.B. JöR 1, 741 ff. zu Art.103 GG

10) Der Grund dafür war, daß über die Zuständigkeit erst entschieden werden mußte, sie stand nicht a priori fest.

11) In den Beratungen zu Art.103 III wurde von den herkömmlichen Strafbildern gesprochen (JöR 1, 741 ff., 744), wozu grdstzl. auch die herkömmlichen Kompetenzen gehören.

1949. Sie geht davon aus, daß das Gesetz "Ordnungsstrafen, Ordnungsstrafbescheide und Ordnungsstrafverfahren" durch "Geldbußen, Bußgeldbescheide und Bußgeldverfahren" ersetzt und somit die Geldbuße in eine Linie mit der Ordnungsstrafe stellt, deren Aufgabe sie übernehmen soll. Für die Ordnungsstrafen gilt und galt aber der Grundsatz, daß sie nicht dem Richtermonopol unterliegen[12]. Soll für die Geldbuße etwas anderes gelten, so bedarf es dafür des besonderen Nachweises. Die Geldbuße des Ordnungswidrigkeitenrechtes unterliegt daher nur dann dem Richtervorbehalt, wenn besondere Umstände vorliegen, die sie deutlich von den übrigen Strafen abheben und die Zuständigkeit des Richters fordern. Die geschichtliche Betrachtung kehrt somit die "Beweislast" um: Es ist nicht mehr zu fragen, ob es zulässig ist, die Geldbuße oder die g.V. auf die Verwaltung zu übertragen, sondern umgekehrt: Besteht ein Bedürfnis, die Geldbuße oder die g.V. dem Richter zuzuweisen[13].

c) Besteht eine Notwendigkeit, die Geldbuße, die g.V. ausschließlich dem Richter zu übertragen? Eine solche könnte sich aus dem mit der Geldbuße verbundenen Eingriff in Grundrechte oder andere Grundwerte des Betroffenen und, damit korrespondierend, aus der Schutzwürdigkeit des Betroffenen ergeben. Eine an diesen Gesichtspunkten orientierte tleologische Interpretation[14] des Rechtsprechungsbegriffes liegt nahe, wenn man sich vor Augen hält, welche Auffassung über das Verhältnis Bürger - Staat unter dem Bonner Grundgesetz besteht, insbesondere im Vergleich mit dem der vorkonstitutionellen Zeit. Während noch in der Weimarer Zeit die Rechte des Einzelnen und sein Rechtsschutz von der Macht des Staates abhängig war und dessen Einfluß unterlag, trat unter Geltung des Grundgesetzes der Einzelne in den Vordergrund unter Betonung seiner Rechte: "Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen,"[15].

Diese Vorstellung macht das Grundgesetz deutlich sichtbar. Das ausdrückliche Bekenntnis zum Prinzip der Gewaltenteilung, Art.20 II GG, und das

---

12) Ausnahme: Ordnungsstrafen in gerichtlichen Verfahren, z.B. § 178 GVG.

13) So im Ergebnis Bettermann, Strafgewalt, S.301; Salzmann, Diss. S.87, der aber die Zulässigkeit der Verwaltungskompetenz für Geldbußen allein aus dem geringeren Eingriff der Buße folgert, ohne verfassungsrechtliche Gründe anzuführen. Eine Verfassung kann aber auch leichte Eingriffe dem Richter vorbehalten.

14) Daß eine solche auch bei Verfassungsnormen anzuwenden ist, betonen v.Mangoldt-Klein, Einl. IV,6; Küchenhoff, DVBl.51, 617, 618

15) Maunz, Staatsrecht, S.90

Bemühen, dieses Prinzip durch sorgfältige Ausgestaltung und betonte Stärkung der dritten Gewalt zu sichern, dienen dazu, den "Staat" in seinen verfassungsrechtlich bestimmten Grenzen zu halten. Diese Grenzen werden von der Verfassung selbst in Art. 1 III GG und dem nachfolgenden Grundrechtskatalog zwingend festgelegt. Ziel und Zweck ist es, den Bürger vor Macht und Willkür des Staates zu schützen[16]. Diesem Ziel verleiht Art. 19 IV GG Ausdruck, ebenso Art. 92 GG, der diesen Schutz durch den Richter noch erweitert. Es ergibt sich ebenso aus den Art. 92 GG benachbarten Verfassungsbestimmungen, so Art. 101, 103, 104 GG, die ganz eindeutig den Schutz des Einzelnen gegenüber der staatlichen Machtentfaltung bezwecken[17]. Nach allem steht der Schutz des Einzelnen als Leitprinzip über der Verfassung. Von diesem Prinzip her ist daher auch die Interpretation des Rechtsprechungsbegriffes zu beurteilen[18].

2. Auszugehen ist von der Stellung des Richters im GG. Stellt man einen Vergleich über den Umfang der Zuständigkeit des Richters nach der Weimarer Verfassung mit dem nach dem Bonner Grundgesetz an, so zeigt sich für das GG ein gewaltiger Zuwachs der Aufgaben. Diese Zunahme ist nicht zuletzt eine Reaktion auf die Weimarer Zeit und das sich anschließende sogenannte Dritte Reich und bedeutet eine Abkehr "Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat"[19]. Die Gesetzgebung der Weimarer Zeit und noch viel stärker die des Machtstaates besaß eine gegenüber den Bürgern weitgehende Schrankenlosigkeit: "Es gibt keine persönliche, vorstaatliche und außerstaatliche Freiheit des Einzelnen, die vom Staat zu respektieren wäre"[20]. Zwar war der Bürger auch nach der damaligen Verfassung Träger von Grundrechten. Diese wurden aber nach der Sicht des damals herrschenden Rechtspositivismus als "freiwillige staatsgesetzliche Gewährungen" verstanden und als bloße Programmsätze behandelt[21]. In deutlicher Abkehr davon versteht das Bonner Grundgesetz die Grundrechte als "Sicherungen und Gewährleistungen einer in ihren letzten Bezügen vorstaatlichen und daher staatlicher Willkür entzogenen Wertordnung"[22], und bezeichnet sie ausdrücklich als "unmittelbar geltendes Recht", Art. 1 III GG. Dement-

---

16) BVerfGE 9, 268, 279

17) Salzmann, Diss., S. 84 (Fußn. 352 m. w. N.)

18) vgl. Salzmann, Diss., S. 84-87; Baur, DNotZ 1955, 507 ff.; Feucht, Diss., S. 45 f.; Hamann, Komm., S. 49 f.; BVerfGE 22, 49 ff., 78

19) René Marcic, Titel einer Monographie, 1957

20) aus einem Lehrbuch über das nationalsozialistische Verfassungsrecht, zit. nach Eschenburg, Staat, S. 114

21) Bachof, Richtermacht, S. 18 f.

22) Bachof a. a. O.; H. Krüger, S. 12: früher "Grundrechte nur im Rahmen der

sprechend sind auch die Grundrechte konkret gefaßt und, soweit überhaupt, einschränkbar nur innerhalb eines durch die Verfassung festgelegten Rahmens. Im Gegensatz zur Weimarer Verfassung unterliegt damit heute die Legislative und die Exekutive zwingenden Schranken, deren Einhaltung von den Gerichten überwacht wird. Diesen ist damit "die letzte Verantwortung für die Achtung und Bewahrung der verfassungsmäßigen Wertordnung übertragen"[23].

Über diesen Schutz der Grundrechte hinaus steht den Gerichten eine weitgehende Kontrolle der beiden anderen Gewalten zu: Eine lückenlose Rechtskontrolle der Verwaltung aufgrund der "königlichen Norm" (W.Jellinek) des Art.19 IV GG, eine Kontrolle der Legislative durch das sogenannte richterliche Prüfungsrecht, dessen höchste Ausformung, das sogenannte "Verwerfungsmonopol" (für nachkonstitutionelle Gesetze) auf das derzeit oberste Gericht, das Bundesverfassungsgericht übertragen ist[24]. Diese Erweiterung der Aufgaben des Richters und seine Einsetzung als "Hüter der Verfassung"[25], ist gleichfalls aus der geschichtlichen Entwicklung zu verstehen: Der Übergang vom Gesetz als "allgemeiner und abstrakter Regel menschlichen Verhaltens" zur zweckorientierten Maßnahme und zum politischen Lenkungsakt während des Dritten Reiches hatte einen Vertrauensschwund bezüglich des Gerechtigkeitswertes der Gesetze zur Folge. An die Stelle des Gesetzgebers als eines Repräsentanten des gesamten Volkes durch unabhängige Persönlichkeiten war, insbesondere während des Dritten Reiches, eine Versammlung parteigebundener Mandatsträger getreten. Zwangsläufige Folge war die Zerstörung des Glaubens an die Objektivität und Neutralität des Gesetzgebungsorgans. Diese Entwicklung verlangte nach dem Ende des Dritten Reiches nach einem Gegengewicht, einem Garanten, der dafür sorgt, daß zumindest bestimmte, oberste Rechts- und Ordnungswerte gewahrt bleiben und der bei einem Streit darüber, ob diese Werte gewahrt sind, mit größtmöglicher Autorität entscheidet[26]. Für eine solche Entscheidung konnte nur eine Instanz zuständig sein, die sowohl sachlich wie persönlich unabhängig ist und die maximale Gewähr für eine sachgerechte und zweckfreie Entscheidung dieser Rechtsfragen bietet, nämlich der Richter. Er stellt die beste Sicherheit dafür dar, daß die Abkehr vom "Gesetz vor Recht"-Denken zum "Recht vor Gesetz"-Denken[27]

Gesetze", heute: "Gesetze nur im Rahmen der Grundrechte".

23) Bachof a.a.O., S.21

24) vgl. dazu Hall, Diss., insbes. S.125 ff.

25) Bachof, Richtermacht, S.23

26) Bachof, Richtermacht S.32

27) Jahrreiß, 37. D.Jur.Tag, S.44

Wirklichkeit wird. Diese Bedeutung des Richters charakterisiert seinen gesamten Aufgabenbereich und damit auch den Inhalt der Rechtsprechung.

3. Die Tätigkeitsbereiche, die der Verfassungsgeber ausdrücklich dem Richter als Organ der rechtsprechenden Gewalt übertragen hat, lassen sich in zwei Gruppen aufteilen:

I. Die Gruppe von Aufgaben, in denen der Richter erst dann tätig wird, wenn zuvor eine der beiden anderen Gewalten tätig geworden ist. Hier tritt der Richter zur Überprüfung und zur Kontrolle dieser beiden anderen Gewalten auf. Fälle dieser sogenannten "repressiven"[28] Gerichtskontrolle nennt die Verfassung in Art. 14 III, 4 und allgemein in Art. 19 IV GG; dazu gehören ferner fast sämtliche Fälle, in denen das Bundesverfassungsgericht angerufen werden kann, so gem. Art. 93, 99, 100 GG.

II. Die andere Gruppe umfaßt die Aufgaben, in denen v o r einer Tätigkeit der Legislative oder Exekutive der Richter eingeschaltet werden muß. Diese Fälle der sogenannten "präventiven"[28] Gerichtskontrolle finden sich in der Verfassung in den Art. 13 II, 18, 21 II, 61, 97 II, 98 II u. V, 104 GG.

Die Bedeutung dieser beiden Arten von Richterzuständigkeiten wird verständlich, wenn man die Beteiligung des Richters am Prozeß und am Vollstreckungsverfahren in staatsrechtlicher Hinsicht betrachtet.

a) Im Zivilrecht strebt der Gläubiger die Durchsetzung seines Anspruches gegen den erfüllungsunwilligen Schuldner an. Unsere Rechtsordnung versagt ihm grundsätzlich die eigenmächtige Durchsetzung seiner Ansprüche und verweist ihn statt dessen auf ein gesetzlich geregeltes Vollstreckungsverfahren und an die dafür zuständigen staatlichen Organe. Voraussetzung für das Tätigwerden dieser Organe ist, daß der Gläubiger im Besitz eines Vollstreckungstitels ist, den er grundsätzlich nur durch ein gerichtliches Urteil erlangen kann. Für den Gläubiger ist sonach der Prozeß und damit der Richterspruch lediglich "Vorspann", "Mittel zum Zweck", dessen er bedarf, um die Verfügungsmacht über die staatliche Vollstreckungsgewalt zu erlangen[29]. Für die Gegenseite, den Schuldner, ist dagegen der Prozeß ein Schutzwall, in welchem die Zulässigkeit von Eingriffen in seine Rechtssphäre überprüft wird.

---

28) Die Bezeichnungen wurden von Arndt, Festschrift S. 13 übernommen.

29) Reuß DVBl. 55, 311

b) Im öffentlichen Recht setzt der Staat, die Verwaltung, sofern sie dazu ermächtigt ist[30], durch einen Hoheitsakt eine bestimmte Pflicht eines Bürgers, etwas zu tun, zu unterlassen oder zu dulden fest. Gläubiger des sich daraus ergebenden Anspruches ist der Staat oder ein sonstiger Hoheitsträger. Zur Durchsetzung dieses Anspruches bedarf die Verwaltung keines gerichtlichen Titels. Die Befugnis, obrigkeitliche Anordnungen zu erlassen, schließt vielmehr das Recht ein, dieselben nötigenfalls mit Zwang in Vollzug zu setzen[31]. Die Verwaltung kann somit durch ihre eigenen Behörden, o h n e Inanspruchnahme einer gerichtlichen Instanz[32], die zumindest vorläufige Vollstreckung und Durchsetzung der staatlichen Ansprüche bewirken[33].

Die Notwendigkeit dieser staatlichen Befugnis, selbst handeln zu können, ergibt sich daraus, daß der gesetzgeberische Wille, um Wirkung zu haben, der Verwirklichung bedarf. Die Verwaltung, die "handelnde Staatsgewalt"[34], muß aktiv eingreifen und unmittelbar bestimmte, materielle Erfolge herbeiführen können[35]. Jede Abhängigkeit von einer anderen Gewalt hemmt, verzögert oder verhindert unter Umständen den Erfolg. Nur so, d.h. durch unmittelbare Verwirklichung, kann verhindert werden, daß sich der Staat in deklaratorischen "Willensentschlüssen erschöpft"[34], die alsbald zur Auflösung desselben führen würden[36]. Die tätige Verwaltung muß das staatliche Recht sofort und zu jeder Zeit realisieren, da Gesetz und Recht nicht für die Zukunft, sondern für die Gegenwart geschaffen und darauf angelegt sind, alle einschlägigen Fälle sofort zu erfassen und zu regeln. Deshalb besteht auch ein Interesse der Allgemeinheit, ein öffentliches Interesse, an schnellem und formlosem Handeln des Staates durch die Verwaltung[37]. Innerhalb ihres Machtbereiches, Art. 20 III GG, ist sonach die Verwaltung zur unmittelbaren Durchsetzung und Verwirklichung ihrer Aufgaben berechtigt; insoweit steht ihr das sogenannte "Recht des ersten Zugriffes"[38] zu.

c) Auch im Strafrecht tritt der Staat als "Gläubiger" auf: Er macht, vertreten durch die Polizei oder Staatsanwaltschaft, den sich aus den materiellen Strafrechtsnormen ergebenden Anspruch auf Bestrafung des Angeklag-

---

30) Zum Umfang dieser Ermächtigung vgl. z.B. BVerwG NJW 66, 364 f.
31) Haueisen NJW 56, 1457 ff.; Anschütz VA 1, 389 ff.; a.A. Forsthoff S. 279
32) Ausnahme: Art. 104 II GG; § 1 II BVerwVollstrG: Vollstreckung in unbewegliches Vermögen; vgl. H.J. Wolff III, § 160 III g
33) Arndt, Festschrift, S. 14 34) Fleiner, Verwaltungsrecht, S. 7
35) s. H.J. Wolff I., 7., S. 8 ff., 10, 14
36) Laband, Staatsrecht II., S. 176 37) Bettermann, VVDStRL 17, 118 ff., 175
38) Bettermann, Grundrechte, S. 879

ten geltend. Dieser Anspruch ist öffentlich-rechtlicher Natur, da das gesamte Strafrecht wohl das am stärksten ausgeprägte Hoheits- und Unterwerfungsverhältnis und daher Bestandteil des öffentlichen Rechtes ist[39].

Nach dem oben Ausgeführten müßte der Staat, die Exekutive, ohne von einer anderen Gewalt abhängig zu sein, kraft eigener Macht diesen öffentlich-rechtlichen Anspruch vollstrecken, d.h. die Strafe verhängen können. Wenn daher die Verfassung Strafgerichte "schafft", so müssen dafür, da es eine Abweichung von der Regel im öffentlichen Recht darstellt, bestimmte Gründe maßgebend sein und zwar sehr bedeutsame Gründe, da, wie oben gezeigt, der Staat und damit die Gemeinschaft ein Interesse daran hat, daß die öffentlichen Aufgaben und Pflichten, wozu auch die Einhaltung zwingender Normen, die Ahndung von Normverstößen gehören, unmittelbar und ohne Verzögerung durchgesetzt und verwirklicht werden.

Diese Gründe ergeben sich, insoweit besteht eine Parallele zum Zivilprozeß, aus dem Schutzbedürfnis des "Schuldners"[40]. Denn die Strafgewalt des Richters ist rechtsstaatlich zu verstehen (Bettermann a.a.O.). Nicht wegen der materiellen Natur der Sache (Streitentscheidung) schaltet der Gesetzgeber den Richter vor, sondern wegen der besonderen Bedeutung, welche er der Angelegenheit beimißt[41]. Nach einer Formel von Bettermann muß das Verfahren um so förmlicher ausgestaltet sein, je schwerer die Entscheidung wiegt[42]; je tiefer die Entscheidung in die Rechte des Bürgers eingreift, um so stärker muß das Verfahren mit rechtsstaatlichen Garantien versehen sein. Nach der Auffassung des Bonner Grundgesetzes bietet aber die beste Garantie dafür die Einschaltung des Richters. In diesem Sinne des Schutzes des Betroffenen vor ungerechter Strafe ist auch die Aufgabe des Strafrichters[43] und damit des Strafverfahrens zu sehen, welches aus dem sonstigen Verwaltungsrecht mit nur nachfolgender Richterkontrolle herausragt. "Der Strafprozeß (ist) mit Sicherungsmitteln in einem Maße ausgestattet, das ihn als das förmlichste Zulässigkeitsverfahren vor einem Eingriff des Staates, genauer: der Verwaltung, kennzeichnet"[44]. Das charakterisiert nach dem Gesagten auch den Grund für ein solches

---

39) z.B. Maurach AT, S.18; Henkel, Strafverfahrensrecht S.20

40) Reuß DVBl. 55, 311; zust. Bettermann, Grundrechte, S.874

41) Reuß DVBl. 55, 312; Hamann, Komm., S.50

42) VVDStRL 17, 173

43) Aufgabe des Richters ist es nicht, den Betroffenen der gerechten Strafe zuzuführen, sondern ihn vor ungerechter Bestrafung zu schützen, Bettermann, Grundrechte, S.874

44) Hauser, Ersatzanspruch, S.97

Verfahren. Ein solch langwieriges, die Exekutivtätigkeit verzögerndes und erschwerendes Verfahren ist nur gerechtfertigt, wenn es sich um besonders schwere und erhebliche Eingriffe in die Rechtssphäre des Bürgers handelt, denn sonst wäre nicht einzusehen, warum der Bürger, der in den übrigen Fällen staatlicher Eingriffe ohne primären Richterschutz steht, gerade in kriminalstrafrechtlichen Angelegenheiten erst nach richterlicher Kontrolle der Exekutivgewalt unterworfen ist. Um einen solchen schweren Eingriff handelt es sich gerade bei der Strafe des StGB, der Kriminalstrafe. Ihre Verhängung unterscheidet sich von allen anderen Eingriffen des Staates durch ihr besonderes Gewicht und ihre Folgewirkung, sie ist der "schwerste Eingriff des verwaltenden Staates"[45]. Nur ein solch massiver Eingriff in gewichtige Grundrechtspositionen rechtfertigt daher ein Abgehen vom Grundsatz der lediglich nachfolgenden Richterkontrolle im öffentlichen Recht.

d) Dieses Ergebnis bestätigt die Verfassung, indem sie nur für wenige Fälle die primäre Richterzuständigkeit anordnet. Diese Fälle lassen sich nach dem zuständigen Gericht in zwei Gruppen aufteilen:

I. Zuständigkeiten des Bundesverfassungsgerichts:
Art. 61 GG: dient dem Schutz des Bundespräsidenten als Repräsentanten und Vertreter des Staates.
Art. 97 II, 98 II u. V: dient dem Schutz der Rechtsprechung gegenüber den anderen Gewalten.
Art. 21: dient der demokratischen Willensbildung als wesentlichem Bestandteil unserer Verfassung (Art. 20 I, 79 III GG).
Art. 18, 2 GG: dient dem Schutz der Grundrechte.

II. Zuständigkeit der einfachen Gerichte: Art. 13 II; 2 II, 2 i.V. mit Art. 104 II 1 GG.

Mit Ausnahme von Art. 97 II, sowie Art. 61, die sich schon in der Weimarer Verfassung fanden (Art. 104 bzw. 59 WV.), wurde die verfassungsrechtliche Garantie dieser Fälle primärer Richterzuständigkeit erst durch das Bonner Grundgesetz geschaffen. Daß schon "100 Jahre" vor dem Grundgesetz in einfachen Gesetzen diese Regelung zum Teil getroffen waren[46], (§ 105 StPO - Art. 13 II GG; strafrechtliche und strafprozessuale Freiheitsentziehungen - Art. 104 GG) ändert daran nichts; denn dadurch, daß diese Zuständigkeiten mit Verfassungsrang festgelegt wurden, sollten für die Zukunft alle einschlägigen Fälle erfaßt werden und nicht nur ein Teil, wie z.B. § 105 StPO[47].

---

45) Hauser a.a.O., S. 110 46) Bettermann, VVDStRL 17, 173

47) Daß Art. 13 GG nicht nur die Fälle des § 105 StPO, sondern darüber hinaus alle Eingriffe in das Wohnrecht erfaßt, ergibt sich aus dem "objektivierten Willen des Verfassungsgebers", vgl. Dagtoglou, BK, Art. 13 Anm. 1 und 70

Darüber hinaus sollten auf diesem Wege diese Regelungen der Disposition des einfachen Gesetzgebers entzogen werden. Allen diesen Fällen ist gemeinsam, daß der Verfassungsgeber wegen ihrer Bedeutung die primäre Zuständigkeit des Richters begründet hat. Für die unter I) genannten Fälle ergibt sich das aus den Bestimmungen selbst.

In ganz besonderem Maße gilt für das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung und der persönlichen Freiheit, daß hier der Verfassungsgeber in Erinnerung an und unter dem Eindruck der während der NS-Herrschaft erfolgten willkürlichen, rechtlich unkontrollierten und deshalb oft rechtswidrigen Eingriffen der Polizei gehandelt hat[48]. In Anbetracht der Bedeutung des Rechtes aus Art. 13 I GG, welches nicht nur das bloße Wohnrecht, sondern in weitem Umfang auch die Intimsphäre erfaßt und sich damit eng an Art. 1 I 1 GG anlehnt, war ein bloßer Gesetzesvorbehalt nicht ausreichend. Im Gegensatz zu Art. 10 GG, der gleichfalls einen Bereich der Intimsphäre schützt, war hier der Richtervorbehalt erforderlich.

Daß in den Fällen der Art. 104 u. 13 GG wegen ihrer naheliegenden Häufigkeit durch die Richtervorschaltung die verwaltungsüblichen Handlungen erschwert werden, ist richtig. Das muß aber in Anbetracht der eindeutigen Regelung und dem Gewicht des Rechtes hingenommen werden, da hier nach der Wertentscheidung des Bonner Grundgesetzes "das Interesse des Bürgers an der Wahrung seiner Grundrechte das öffentliche Interesse an schnellem umd formlosem Handeln der Verwaltung (erheblich) überwiegt"[49]. Die rechtsstaatliche Sicherung durch präventive Richterkontrolle, die notwendig zur Erschwerung der Verwaltungsarbeit führt, hat der Grundgesetzgeber in Kauf genommen[50]; zu ergänzen wäre: eben wegen der Bedeutung und des Gewichts der Eingriffe und damit korrespondierend des besonders großen Schutzbedürfnisses des Einzelnen.

4. Unter diesem Gesichtspunkt der Eingriffsschwere ist zu prüfen, ob sich aus der Verfassung eine Notwendigkeit ergibt, auch die Geldbuße dem Richter vorzubehalten. Vom primären Grundrechtseingriff her (Nebenstrafen, sowie Auswirkungen im Sozialleben sollen hier zunächst dahinstehen), enthält die Kriminalstrafe in erster Linie Freiheitssanktionen, wie Haft, Ein-

---

48) So für Art. 13 II GG BVerwGE NJW 68, 563: "Es erscheint ausgeschlossen, daß der Parlamentarische Rat hieran nicht gedacht haben sollte."

49) Bettermann, VVDStRL 17, 175

50) BVerwG NJW 68, 563

schließung, Gefängnis, Zuchthaus[50a)], Sanktionen also, die in das durch Art. 2 II 2 GG geschützte Grundrecht auf körperliche Bewegungsfreiheit eingreifen (zur Geldstrafe vgl. später). Demgegenüber bedeutet die Geldbuße insoweit ausschließlich einen Eingriff in das durch Art. 14 GG geschützte Recht auf Vermögen. Es fragt sich sonach, ob die Bedeutung der Rechte aus Art. 2 II, 2 bzw. 14 GG so erheblich verschieden sind, daß eine unterschiedliche Richterzuständigkeit bei Eingriffen gerechtfertigt ist oder ob auch für die reine Vermögenssanktion die primäre Richterkompetenz erforderlich ist.

a) An die Spitze des Grundrechtskomplexes hat der Verfassungsgeber in Art. 1 I GG die Würde des Menschen gestellt und dieselbe ausdrücklich als Grund- und Leitwert der gesamten Verfassung für unantastbar und damit dem staatlichen Zugriff entzogen erklärt. Dieses "oberste Konstitutionsprinzip allen objektiven Rechts"[51)] gliedert die Verfassung auf in die einzelnen Freiheits- und Gleichheitsrechte[52)]. An erster Stelle der Freiheitsrechte, nicht nur in der Systematik, sondern auch in der Wirklichkeit, nämlich als deren "wesentliche Erscheinungsform"[53)], steht das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, Art. 2 I GG. Dieses Recht erhält seine umfassende Ausprägung durch Art. 2 II 1 und 2 GG, wo das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, sowie die Freiheit der Person erfaßt wird. Diese drei Grundrechte bilden nicht nur, wie die in den folgenden Artikeln genannten, einen eng begrenzten Teilbereich der menschlichen Freiheit. Sie stellen vielmehr die Grundlage für die übrigen Einzelfreiheitsrechte dar: "Abs. 2 (sc. Art. 2 II GG) schützt die biologisch-natürlichen Wertvoraussetzungen für die im Grundrechtskatalog genannten geistigen, ideellen, kulturellen und wirtschaftlichen Wertverwirklichungsmöglichkeiten des Grundrechtsträgers"[54)]; weil der menschliche Körper und seine Integrität Voraussetzung für jede menschliche Tätigkeit ist, stehen die diesen schützenden Grundrechte wertmäßig unmittelbar an der Spitze des Grundrechtskataloges. Das gilt somit auch für Art. 2 II 2, der die körperliche Bewegungsfreiheit[55)] schützt, die damit gleichfalls Teil der "elementaren, rechtlichen Voraussetzungen menschenwürdiger Existenz"[56)],

---

50a) Durch das 1. StrRG v. 25.6.69 (BGBl. I, 645) werden mit Wirkung vom 1.4.1970 an die verschiedenen Freiheitssanktionen durch eine einheitliche Freiheitsstrafe ersetzt.

51) Maunz-Dürig Art. 1 Rdnr. 4

52) Maunz-Dürig Art. 1 Rdnr. 10 ff.

53) Reichard S. 16

54) Maunz-Dürig Art. 2 II Rdnr. 1

55) h.M., vgl. Maunz-Dürig Art. 2 II Rdnr. 49

56) Hesse, Grundzüge, S. 143

ja die "Basis der allgemeinen Rechtsstellung und Entfaltungsmöglichkeit des Bürgers" ist[57].

b) Diese vorrangige Bedeutung der Freiheit der Person geht darauf zurück, daß die Freiheitsidee im Wert gewachsen ist[58]. So ist in Art. 5 Menschenrechtskonvention ausdrücklich dieses Recht als "Menschenrecht" aufgeführt. Die in der Vergangenheit erfolgten willkürlichen Eingriffe in dieses Recht sollen für die Zukunft unmöglich gemacht werden. In diesem Sinne ist auch das Bonner Grundgesetz zu verstehen.

In der Regel kann in Grundrechte, wenn überhaupt, nur durch oder aufgrund eines Gesetzes eingegriffen werden. In jedem Fall ist aber zuständig für die erste Prüfung, ob die Voraussetzungen für einen Eingriff vorliegen, der Staat, d.h. die Exekutive.

Von dieser Regel, daß für staatliche Eingriffe in Grundrechte das Vorliegen und die Erfüllung eines Gesetzesvorbehaltes erforderlich ist, ist das Bonner Grundgesetz nur in zwei Fällen abgewichen, (Art. 21 kann hier außer acht bleiben), in denen es nämlich darüber hinaus zusätzliche, erschwerende Anforderungen an diesen Eingriff stellt und für diesen einen "Richtervorbehalt" anordnet. Das gilt für Art. 13 II GG zweifelsfrei. Dasselbe gilt aber auch für Art. 2 II 2. Zwar läßt diese Norm einen Eingriff "schon" aufgrund eines Gesetzes zu; wie sich aber aus der Entstehungsgeschichte derselben ergibt, ist zu dieser Norm Art. 104 hinzuzulesen[59]; beide stehen in untrennbarem Zusammenhang: "Art. 2 II 2 garantiert das Grundrecht, Art. 2 II 3 stellt es unter einen Gesetzesvorbehalt, der in Art. 104 wieder augenommen, präzisiert und durch weitere wichtige Rechtsgarantien ergänzt wird"[60].

Art. 104 erfaßt zwei Arten von Eingriffen in dieses Recht, die sich der Intensität nach unterscheiden: Die Freiheitsbeschränkung und die Freiheitsentziehung. Erstere bezeichnet die nur teilweise, letztere die allseitige Beseitigung der Bewegungsfreiheit. Im vorliegenden Falle ist nur die Freiheitsentziehung von Interesse, da nur sie der durch die Freiheitsstrafe verursachten Grundrechtsbeschneidung entspricht.

---

57) BVerfGE 19, 342 ff., 349

58) Krümpelmann, Bagatelldelikte, S. 181

59) h.M., vgl. v. Mangoldt, Art. 2 Anm. 1-4; zur Entstehungsgeschichte vgl. Kracht DVBl. 50, 517

60) Maunz-Dürig, Art. 104 Rdnr. 1

Während sowohl die Entziehung, wie auch die Beschränkung[61] der Freiheit unter dem Vorbehalt eines formellen Gesetzes stehen, hebt die Verfassung die Bedeutung der Freiheitsentziehung als eines umfassenden Grundrechtseingriffes besonders hervor. Der formelle Gesetzesvorbehalt schien dem Grundgesetzgeber für die Freiheitsentziehung im Gegensatz zur "Beschränkung" nicht auszureichen[62]. Die Entziehung steht vielmehr darüber hinaus nach Art. 104 II 2 unter dem Vorbehalt richterlicher Entscheidung. Diese neben Art. 13 II GG einzigartige Grundrechtssicherung durch einen doppelten Vorbehalt, Gesetzesvorbehalt und Richtervorbehalt, ist nur aus der Geschichte zu verstehen. Gerade und besonders dieses Rechtsgut wurde in der NS-Zeit am stärksten angegriffen und verletzt[63]. Die willkürlichen Verhaftungen durch das NS-Regime, die sogenannte "Schutzhaft", und der mit ihr betriebene schrankenlose Mißbrauch, hatten eine vollständige Rechtsschutzlosigkeit des Bürgers zur Folge[64]. Diese "trüben Erfahrungen"[65] des Totalitarismus sollten bei einem der wesentlichsten Grundsätze unserer verfassungsmäßigen Ordnung[63] für die Zukunft verhindert und unmöglich gemacht werden[66]. Dieses Bestreben zeigte sich unmittelbar nach Schaffung des Grundgesetzes in der Auseinandersetzung um das Ob einer Richtereinschaltung bei Freiheitsentziehung im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit[67]. Auch hier stellte die Entscheidung der h. M. eine Reaktion auf die Geschichte dar: "Da der Verfassungsgesetzgeber aus den bitteren Erfahrungen vergangener Jahre gerade das Grundrecht der persönlichen Freiheit mit besonderen förm-

---

61) "Beschränkung" i. S. v. Art. 104 I 1 GG ist als Oberbegriff zu verstehen, da sonst für die Entziehung i. S. v. Art. 104 II 1 GG kein formelles Gesetz erforderlich wäre, vgl. Maunz-Dürig Art. 104 Rdnr. 5

62) Dieser unterschiedlich starke Schutz sogar innerhalb derselben Grundrechtsnorm bestätigt das oben gefundene Ergebnis, daß nur bei besonders schweren Eingriffen eine präventive Richtereinschaltung erforderlich ist.

63) H. J. Wolff, DÖV 51, 313 ff., 315

64) Die Schutzhaft, die schon in der Weimarer Zeit verhängt wurde, hatte zu Beginn der NS-Zeit zur Bemäntelung von Willkürakten herhalten müssen, vgl. Nachweise bei Eschenburg, Staat S. 430; ihre Anwendung durch die Nationalsozialisten "war bereits die Konzentrationslager-Praxis in nuce", Fromme S. 201; zur Praxis der polizeilichen Verhaftung vgl. E. Schmidt, Rechtsgeschichte, §§ 353, 355

65) Reichard S. 16

66) vgl. BVerwGE 4, 196, 198

67) vgl. Spiro DÖV 51, 344; Gerber DÖV 52, 387

lichen Garantien versehen hat, darf der Richter dem Gebot des Art. 104 II GG die Gefolgschaft nicht unter Hinweis darauf versagen, daß ein Ausführungsgesetz (zu Art. 104) noch nicht erlassen ist"[68]. Auch die Frage, in welchem Umfang der Richter bei fürsorgerechtlichen Freiheitsentziehungen zur Entscheidung zuständig ist, beantwortete die h. M. in diesem Sinne. Zwar wurde zum Teil die Ansicht vertreten, daß der Richter nur den von der Verwaltung erlassenen freiheitsentziehenden Verwaltungsakt kontrollieren müsse[69]; diese Ansicht basierte jedoch noch auf polizeirechtlichen Gedanken[70] und steht im Widerspruch zum Sozialrechtsstaat des Bonner Grundgesetzes. Im übrigen ergibt sich die bloße Kontrolle schon aus Art. 19 IV GG, so daß bei dieser Ansicht Art. 104 GG leerlaufen würde. Dementsprechend setzte sich auch sehr bald die gegenteilige Ansicht durch. Die bloße Anfechtungsklage des Verwaltungsaktes schien dem Verfassungsgeber offensichtlich nicht als ausreichender Rechtsschutz[71]. Die Freiheitsentziehung sollte vielmehr darüberhinaus in allen Fällen nur durch den Richter selbst ausgesprochen werden[72]. Bei einer der wichtigsten Grundpositionen des Staatsbürgers ("Art. 2 u. 104 sind die Magna Charta der persönlichen Freiheit des Einzelnen ..."[73]) soll eben die Verwaltung ausgeschlossen und nur als Antragsteller oder Hilfsorgan der Gerichtsbarkeit tätig sein[74]. Ausschließlich der Richter hat über die Freiheitsentziehung auf Grund selbständiger, umfassender Prüfung zu entscheiden.

c) Diese Schutzgarantien des Rechtes aus Art. 2 II 2 GG unterscheiden sich wesentlich von den in Art. 14 genannten. Zwar besteht Übereinstimmung bezüglich der Voraussetzungen des Gesetzesvorbehaltes. Der entscheidende Unterschied ergibt sich aber daraus, daß die Eingriffsvoraussetzungen in Art. 14, insoweit übereinstimmend mit den übrigen Grundrechten, lediglich von der Verwaltung überprüft werden. Die Verfassung selbst schätzt somit dieses Grundrecht nicht so hoch ein wie Art. 2 II 2, da es lediglich einen einfachen Gesetzesvorbehalt, o h n e präventive Richterkontrolle, genügen läßt.

5. Zurückzukommen ist nun auf die eingangs gestellte Frage nach der Inhaltsbestimmung der strafenden Rechtsprechung, genauer: auf die Frage, ob der verfassungsrechtliche Unterschied zwischen Eigentum und Freiheit eine

---

68) VG Freiburg Br. DVBl. 51, 313, 314; zust. Maunz-Dürig Art. 104 Rdnr. 1 Fußn. 4
69) Holtkotten, BK Art. 104 Anm. II C 3 f.
70) vgl. dazu OVG Münster DÖV 54, 315 mit Verweis auf die Rspr. des prOVG
71) Maunz-Dürig Art. 104 Rdnr. 23 72) BadVGH VerwRspr. V, 144
73) BVerwGE 4, 196, 197
74) Reichard S. 22, 28

unterschiedliche primäre Zuständigkeit rechtfertigt. Diese Frage ist m.E. nach dem bisher Gesagten zu bejahen.

a) Die oben gefundenen Ergebnisse, daß die Verfassung von den Grundsätzen des ersten Zugriffes der Verwaltung ausgeht mit lediglich nachfolgender richterlicher Kontrolle und daß das Kriminalstrafverfahren mit seiner primären richterlichen Zuständigkeit ein extrem erschwertes "Verwaltungsverfahren" ist, weiter, daß die primäre Richterzuständigkeit, von Ausnahmen abgesehen, bei Grundrechtseingriffen aber etwas gänzlich Neues in der Verfassung ist, diese Ergebnisse können nicht ohne Bedeutung sein für den Umfang der strafenden Rechtsprechung. Die Interpretation von Verfassungsbegriffen kann grundsätzlich nicht ohne Berücksichtigung der gesamten Verfassung erfolgen, deren Ziele und Vorstellungen insoweit herangezogen werden müssen. Daraus ergibt sich, daß, weil die Verfassung als Einheit gesehen werden muß, auch bestimmte, klar und eindeutig sich aus ihr ergebenden Wertungen und Grundentscheidungen für die gesamte Verfassung Geltung haben müssen[75], will man nicht die Verfassung zu einem bloßen Konglomerat von Rechtssätzen abwerten. Diese Grundwertung besagt aber im vorliegenden Falle, daß der Grundrechtseingriff nur dort eine präventive Richtereinschaltung erforderlich macht, wo besonders schwere Eingriffe in den Grundrechtsbereich des Einzelnen vorliegen[76]. Nur solche Eingriffe machen nach Auffassung des GG die primäre Richterzuständigkeit erforderlich, sie allein sind "richterpflichtig"[77]. Das Grundgesetz hat aber darüber hinaus noch einen eindeutigen Hinweis dafür gegeben, wann es einen solchen Eingriff für gegeben hält. Indem es, in bewußter Abkehr von der geschichtlichen Vergangenheit, das Recht aus Art.2 II 2 im Gegensatz zu dem aus Art.14 besonders betonte und dadurch sichtbar machte, daß es nur dieses Recht unter einen Richtervorbehalt stellte, erklärte es eindeutig, daß vom Grundrechtseingriff her der Vermögenseingriff, also z.B. Geldbuße, gebührenpflichtige Verwarnung, auch durch die Verwaltung erfolgen kann, während die Entziehung der Freiheit, also Freiheitsstrafen jeder Art, allein und ausschließlich durch

---

75) BVerfGE 1, 14 ff., 32 ff. 76) Baur DNotZ 55, 517

77) Dieses Ergebnis enthält keine petitio principii. Eine solche läge vor, wenn ein unbewiesener, erst noch zu beweisender Satz oder Begriff als Beweisgrund benutzt werden würde (H. Schmidt, Phil. Wörterbuch, S. 450). Hier wird aber nicht erklärt, richterliches Handeln ist dort notwendig, wo es notwendig ist, sondern vielmehr, richterliches Handeln ist dort notwendig, wo ein staatlicher Eingriff dieses wegen der Eingriffsfolgen notwendig macht. Baur a.a.O., S. 512 widerlegt diesen Einwand historisch.

den Richter verhängt werden dürfen.

Wenn Schoreit[78] diesem Ergebnis entgegenhält, es beinhalte einen Verstoß gegen die Gewaltenteilung, da diese nicht erst bei schwerem Unrecht einsetze ("wie wenn Verbrecher schutzwürdiger wären" als die nur "ordnungswidrig Handelnden") und Art. 104 sei "nicht ... als Garantie für die Gewaltenteilung gedacht", so wird damit unbewiesen und ohne Konkretisierung die Gewaltenteilung als solche angerufen. Auf die Unrichtigkeit und Unergiebigkeit dieser Argumentation ist schon oben hingewiesen. Die Verfassung in ihrer Gesamtheit bestimmt die Gewaltenteilung für das GG, damit auch Art. 104 GG. Auch der Satz, die Gewaltenteilung setze nicht erst bei schwerem Unrecht ein, unterstellt unbewiesen das generelle richterliche Ahndungsmonopol, dessen Unrichtigkeit eingangs aufgezeigt wurde[79]. Aus Art. 104 II 1 GG in Verbindung mit den übrigen oben genannten Vorschriften ergab sich, daß die Gewaltenteilung mit einer ausschließlichen Richterzuständigkeit nur für bestimmte Sanktionen gilt. In diesem Sinne setzte die Gewaltenteilung tatsächlich erst bei bestimmten Sanktionen ein. Ein Satz etwa, daß für a l l e staatlichen Aufgaben a priori ausschließlich eine gewisse Gewalt zuständig ist, mag sich zwar aus einem abstrakten Gewaltenteilungsprinzip ergeben, von dem wohl Schoreit ausgeht; das Grundgesetz hat ein solches jedoch nicht geregelt.

Es ergibt sich somit als Zwischenergebnis: vom primären Grundrechtseingriff her[80] sind nur die Freiheitsstrafen p r i m ä r richterpflichtig[81].

b) Das entscheidende Moment für das gefundene Ergebnis, nämlich die unterschiedliche Schwere der Eingriffe, ergibt sich jedoch nicht nur aus dem primären Grundrechtseingriff, sondern auch aus den mit diesen Sanktionen verbundenen unterschiedlichen Eingriffen in die übrige Rechtssphäre der Betrof-

---

78) GA 1967, 225 ff., 236

79) Daß der wegen eines "Zuchthausdeliktes" Angeklagte (er ist noch nicht verurteilt!) schutzwürdiger ist als der nur wegen eines geringfügigen "Geldstrafendelikts" Angeklagte, kann m.E. nicht bezweifelt werden. zust. Bettermann AöR 92, 496 ff., 500 f., ders. Strafgewalt S. 301 ff.

80) zu den weiteren Wirkungen einer Strafe s. unten § 6, 6

81) ebenso Menger-E. VA 59, 73; H.J. Wolff I., 7., S. 79, der dieses Ergebnis jedoch nicht aus einem Rechtsprechungsbegriff, d.h. aus Art. 92 GG folgert, sondern aus anderen Verfassungssätzen wie Art. 104 II GG. Wie aber schon oben ausgeführt, stehen die besonderen Richterzuweisungen nicht n e b e n Art. 92, sondern bestimmen vielmehr dessen Inhalt; ebenso BVerfGE 22, 49 ff., 76 ff.

fenen. Durch die Verhängung einer Geldsanktion wird in erster Linie das in Art. 14 GG geschützte Rechtsgut betroffen[82]. Zwar wird darüber hinaus auch die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit berührt, was in Extremfällen zu wirtschaftlichem und persönlichem Ruin führen kann. Insoweit liegt aber ein Ausnahmefall vor, der hier nicht ins Gewicht fällt.

Die Verhängung einer Freiheitssanktion hat demgegenüber einen weit über einen Eingriff in das Recht aus Art. 2 II 2 GG hinausgehenden Eingriff in die Rechtssphäre des Betroffenen zur Folge. Die Vollstreckung der Freiheitssanktion erfolgt in einer Haft- oder Strafanstalt, in welcher sich der Betroffene in einem sogenannten "besonderen Gewaltverhältnis" befindet. Aus der mit diesem Gewaltverhältnis seiner Natur nach verbundenen Einsperrung und Absperrung, sowie der Ordnung der Anstalt selbst, ergeben sich notwendigerweise[83] Grundrechtseinschränkungen. So z.B. die der Rechte aus Art. 5 I und III, 6 I - III, 8, 10, 11, 13 GG[84]. Dabei hängt die Grundrechtsbeschränkung davon ab, inwieweit die Anstaltsordnung im konkreten Fall einen solchen Eingriff erfordert. Es kann dies sogar soweit führen, daß der Gefangene einzelne Grundrechte (Versammlungsfreiheit, Freizügigkeit, freie Berufswahl, Unverletzlichkeit der Wohnung) tatsächlich überhaupt nicht und nie mehr (bei lebenslänglicher Freiheitsstrafe) ausüben kann. Die Freiheitssanktion hat somit notwendigerweise einen viel umfangreicheren und weitgehenderen Grundrechtseingriff zur Folge als die Geldsanktion. - eine Bestätigung des Satzes von dem erheblichen Unterschied dieser beiden Sanktionsarten.

6. Nach dem bisher Ausgeführten ist lediglich die Freiheitsstrafe dem Richter vorbehalten, während Geldstrafe, Geldbuße und gebührenpflichtige Verwarnung auch durch die Verwaltung verhängt werden können. Fraglich ist, ob die Geldbuße und die Geldstrafe[85] verfassungsrechtlich gleich zu behandeln sind, oder ob trotz des bei b e i d e n vorhandenen Eingriffes (unmittelbar)

---

82) Daß nicht schon die Verhängung, sondern erst die Vollziehung der Sanktion diese Wirkung hat, hat im vorliegenden Falle keine Bedeutung.

83) Zur rechtlichen Begründung des besonderen Gewaltverhältnisses und der dadurch verursachten Grundrechtseingriffe vgl. z.B. Münch JZ 58, 73 ff.: Die Grundrechte des Strafgefangenen.

84) vgl. weiter Kußmann, Diss., 1963; Münch a.a.O.

85) Die g.V. soll hier zunächst zurückgestellt werden, da sie wegen ihrer extrem geringen Eingriffsschwere, den Blick für sachliche Unterschiede verschleiern würde; für sie gilt im übrigen das Entsprechende wie für die Geldbuße.

nur in Vermögensrechte eine unterschiedliche primäre Zuständigkeit erforderlich ist.

Neben dem Grundrechtseingriff kommt der Kriminalstrafe und nur der Kriminalstrafe nach einhelliger Meinung als Realgehalt die Bedeutung eines Tadels zu, einer Mißbilligung, die über den Täter ausgesprochen wird, und die einen Makel zur Folge hat, der so schwer wiegt, daß darüber ausschließlich der Richter zu entscheiden hat[86]. Fraglich ist, was Ursache dieses Tadels ist und wie er zum Ausdruck gelangt und ob eine solche Wirkung entgegen der h.M. nicht auch der Geldbuße und der g.V. zukommt.

a) Die Gesetzgeber des Wirtschaftsstrafgesetzes 1949 und des folgenden OWiG gehen einhellig davon aus, daß die Geldbuße deshalb eine ethisch-wert-neutrale, rein zweckmäßige Pflichtenmahnung sei, weil das Unrecht sozialethisch wertfrei und die Norm eine reine Ordnungsnorm sei. Diese Ansicht folgert also die sozialethische Mißbilligung der Kriminalstrafe aus der sozialethischen Werthaftigkeit des Kriminalunrechts (so die Vertreter der Verwaltungsstrafrechtstheorie). Nachdem jedoch oben nachgewiesen wurde, daß die Ordnungswidrigkeiten keineswegs ethisch farblos und wert-neutral sind, sondern ebenso Verstöße gegen sozialethische Normen enthalten, ist diese Begründung der Mißbilligung unhaltbar.

Aus der Gleichartigkeit des Unrechts ergibt sich jedoch keineswegs die zwingende Folgerung, daß dann auch die jeweilige Sanktion identisch sein muß[87]. Denn, darauf weist Eser (S.124) zurecht hin, "eine solche kausale Naturgesetzlichkeit gibt es in der normativen Beziehung zwischen Rechtsgegebenheiten und Rechtsfolgen ... nicht, sondern die Art und Weise, wie auf bestimmte Erscheinungen des Soziallebens rechtlich zu reagieren ist, bestimmt sich nach höheren, übergeordneten Prinzipien". Im rechtlich normativen Bereich können daher auch gleich erscheinende Gegebenheiten, die sich wie hier, nur quantitativ, unterscheiden[88], eine unterschiedliche Behandlung verlangen und erfahren. Diese Überlegung wirft Zweifel auf, ob tatsächlich die durch die Kriminalstrafe (= Strafe des StGB) ausgesprochene Mißbilligung

---

86) Habscheid MDR 66, 1 ff., 6; Sax Grundrechte S.924; Eser S.140

87) So aber wohl Mattes S.788 und die Literatur, die einen nur quantitativen Unterschied annehmen, z.B. H.Mayer, Strafrecht, S.47,71; Kischa S.99 ff.; ebenso die Meinungen, die der g.V. einen Strafcharakter zumessen, s. dazu § 3 Fußn.3

88) (die vorgenannte Folgerung aus der Gleichartigkeit des Unrechts kann auch nicht mit einem Analogieschluß begründet werden. Denn dieser würde voraussetzen, daß das, worin das Unrecht übereinstimmt, wertmäßig die

Abbild und Ausdruck gerade des durch den Rechtsverstoß begangenen sozialethisch verwerflichen Unrechts ist oder ob nicht vielmehr dieser Tadel, diese schwere Mißbilligung, die für die Kriminalstrafe von der gesamten Literatur und Rechtsprechung bejaht wird, eine Eigentümlichkeit der Kriminalstrafe und mit ihr als solcher verbunden ist.

Für eine solche Eigenheit der Kriminalstrafe und gegen eine solche Abhängigkeit vom Unrecht sprechen u.a. zwei Gesichtspunkte:

Bestünde eine unmittelbare Kausalität von Unrechts- und Sanktionscharakter, dann würden Kriminalstrafen, die auf, nach Ansicht dieser Theorie, ethisch wertneutrales Unrecht folgen, eo ipso keine Mißbilligung enthalten; sie wären dann in diesem Sinne nicht mehr Kriminalstrafen, sondern Strafen schlechthin. Dann wäre aber eine "Entkriminalisierung" durch Umwandlung in Ordnungswidrigkeiten, welche die Kriminalstrafen gerade abschaffen wollte, weder möglich noch nötig, da tatsächlich gar keine Kriminal-Strafen mehr vorlägen.

Zum anderen und viel entscheidender: seit ca. 70 Jahren wird in der Literatur die Überspannung staatlicher Strafgewalt beklagt und von einer Hypertrophie staatlichen Strafens gesprochen[89]. Dieses Überhandnehmen der "Kriminalstrafe" sollte auch und gerade durch die Umwandlung von Kriminalstraftatbeständen in bzw. durch Beschaffung von neuen Ordnungswidrigkeiten beseitigt werden. Dieser Vorgang bedeutet nach dem Willen des Gesetzgebers, daß das betreffende Unrecht nicht mehr als sozialethisch wertwidrig "gewertet", sondern zu einem wertneutralen Unrecht umgewertet wird[90]. Die Ordnungswidrigkeiten enthalten ja nach Ansicht der Verwaltungsstrafrechtstheorie des Gesetzgebers ethisch wertneutrales Unrecht. Eine so verstandene Umwandlung hätte aber zur Folge, daß sich der Gesetzgeber zu einem "Richter über Gut und Böse" aufwirft, d.h. sich als "morali-

---

rechtliche Gleichbehandlung verlangt (vgl. dazu Larenz, Methodenlehre S. 360 f.). Dieses Werturteil, d.h. hier die Entscheidung über die Unrechtsfolge, liegt aber letztlich im gesetzgeberischen Ermessen (s. im Folgenden, b).

89) Sax Grundrechte, S. 920 Fußn. 34 m.w.N.

90) vgl. z.B. Rotberg S. 31; auch das BVerfGE 22, 49 ff., 78 spricht noch davon, daß in einer anderen Wertung des Unrechtsgehalts bisherige Straftatbestände durch die Qualifizierung als Ordnungswidrigkeiten ersetzt werden können.

sche Anstalt" etablieren würde[91]. Im Ergebnis würde dadurch ein "Moralpositivismus"[92] erzeugt werden, der mit dem in Art. 1 I 1 GG zum Ausdruck kommenden Verhältnis des Einzelnen zum Staat unvereinbar wäre. Eine solche "Moralkompetenz" läge auch dann vor, wenn das gesetzgeberische Handeln und die Wertvorstellung der Rechtsgemeinschaft übereinstimmen würden, da ein Handeln nicht schon dann sozialethisch verwerflich wäre, wenn es gegen eine sozialethische Norm der Rechtsgemeinschaft verstieße, sondern erst dann, wenn der Gesetzgeber durch eine Kriminalnorm sein "Placet" erteilt hätte. Nach allem kann somit die "Entkriminalisierung", die "Umwandlung" keine Umwertung bedeuten und bewirken, denn die sozialethische Wertwidrigkeit des Unrechts und die entsprechende Mißbilligung ist unabhängig von der gesetzgeberischen Entscheidung; sie beruht vielmehr allein auf der Überzeugung der Rechtsgemeinschaft.

b) Die Bedeutung dieser Umwandlung wird sichtbar, wenn man die in unserer Rechtsgemeinschaft mögliche Vielzahl von Unrechtsfolgen bei Rechtsverstößen betrachtet.

Aufgabe der Rechtsordnung schlechthin ist es, Vorkehrungen für ein geregeltes Zusammenleben der vom Staat umschlossenen Gesamtheit zu treffen[93]. Welcher Art diese Vorkehrungen sind, insbesondere wie die Rechtsgemeinschaft bei Zuwiderhandlungen reagiert, ist grundsätzlich nicht von vornherein festgelegt, Insoweit ist der Gesetzgeber bei der Schaffung von Regeln, d.h. Normen, in seiner Entscheidung frei, zugleich aber gebunden. Er ist gebunden, insoweit er sich innerhalb der Überzeugung der Rechtsgemeinschaft zu halten hat. Er ist frei, insoweit er durch einen selbständigen schöpferischen Akt sowohl die Regel wie auch die Reaktion bei Regelverstößen bestimmen kann[94]. Der Gesetzgeber darf und muß (da ohne Regel eine Rechtsgemeinschaft nicht existieren kann) im Rahmen der vorhandenen grundlegenden Ordnung entscheiden, welche Gemeinschaftsgüter schutzwürdig sind[95], welche besonders schutzwürdig sind und wie auf erfolgte Güterverletzungen reagiert werden soll. So kann er auf Normverstöße mit der Anordnung nur zivilrechtlicher Folgen

---

91) Sax Grundrechte, S. 918. Dabei soll nicht verkannt werden, daß der Staat einen "beschränkten sozialethischen Führungsanspruch" (vgl. Wimmer NJW 57, 1170) besitzt. Dieser ermächtigt ihn aber nicht dazu, sozialethische Wertvorstellungen zu dekretieren.

92) Lang-Hinrichsen, Festschrift, S. 61

93) Maurach AT, S. 21

94) Mattes S. 633 ff.

95) vgl. etwa BVerfGE 13, 97, 107

(Nichtigkeit, Schadensersatz), mit prozessualen Folgen (Vollstreckung), mit verwaltungsrechtlichen Zwangsmitteln und schließlich mit Strafen im weiteren Sinne reagieren. Auch innerhalb der Strafen ist er nicht von vornherein festgelegt. Das gilt auch für das Kriminalstrafrecht. Denn dieses umfaßt nicht einen festgelegten Bereich, etwa die Gesamtheit der sozialschädlichen Handlungen (vergleiche dazu oben § 2, 1. Abschnitt, B 3 d, aa)). Der Gesetzgeber hat vielmehr aus der Gesamtheit der Güterwerte punktuell auszuwählen. Er bestimmt somit letztlich den Umfang der strafrechtlichen Rechtsgüterordnung.

Von dieser Entscheidung des Gesetzgebers[96] hängt damit auch die staatliche Reaktion auf den Rechtsverstoß ab. Er bestimmt durch eine positive Ermessensentscheidung, welche Unrechtstatbestände kriminalstrafwürdig sind und welche nicht, die aber dennoch nicht einfach dem Zivilrecht überlassen werden können[97]. Dabei ist aber der Gesetzgeber nicht an die vorhandenen Strafarten gebunden; vielmehr ist es grundsätzlich ihm überlassen, in welcher Form und mit welchen Maßnahmen er für die Ordnung der Gemeinschaft sorgt[98].

Er kann daher von den herkömmlichen Strafarten abweichen und neue Strafen schaffen, und sie in ihrer Ausgestaltung von den bisherigen deutlich unterscheiden[99]. Da die Verfassung selbst keine Anweisung gibt, wann Kriminalstrafen und wann nicht mehr, kann der Gesetzgeber innerhalb gewisser Grenzen[100] auch ein an sich kriminelles, d.h. sozialschädliches Verhalten ohne jede Sanktion lassen oder mit einer wertneutralen Geldbuße belegen[101]. Denn, daß nicht jedes "kriminelle" Unrecht logischerweise eine Kriminalstrafe zur Folge haben muß, das hat meines Erachtens Sax[102] überzeugend nachgewiesen. Eine solche Pflicht ergibt sich aus der Verfassung nicht[103].

---

96) Zu den Grenzen des Kriminalstrafrechts vgl. Sax, Grundrechte, S. 930 ff.

97) Jescheck JZ 59, 461

98) Salzmann, Diss., S. 88

99) Davon geht auch die Amtl. Begründung zum OWiG 1968, BT DrS V, 1269, S. 41 aus; durch den Gesetzgeber kann "die überkommene Typik der repressiven Sanktionen" herabgestuft" oder jedenfalls verändert" werden.

100) Sax, Grundrechte, S. 930 ff.

101) Ob zumindest für einen Kernbereich eine Pflicht des Staates zur Schaffung eines Kriminalstrafrechts besteht, kann hier dahinstehen, vgl. dazu Hamman, Strafgesetzgebung, S. 14 ff.

102) Grundrechte S. 931 ff.

103) Salzmann, Diss., S. 88

Die unterschiedliche Reaktion auf Rechtsverstöße bedeutet somit lediglich eine unterschiedliche B e h a n d l u n g dieser Verstöße, nicht aber eine unterschiedliche Wertung im Sinne einer Umwertung; die Wertwidrigkeit des Unrechts selbst wird durch die unterschiedliche Behandlung nicht berührt[104]. Eine solche Umwertung kann und darf durch den Gesetzgeber nicht vorgenommen werden. Eine richtig verstandene Entkriminalisierung kann daher nur bedeuten, "unter Ausnutzung der nunmehr durch das OWiG gebotenen Möglichkeiten die Hypertrophie staatlichen Strafens abzubauen und damit die Verwendung der Kriminalstrafe auf das rechte Maß zu reduzieren"[105], ohne daß damit eine andere Wertung erstrebt wird.

Es handelt sich somit bei der Entkriminalisierung stets nur um die Frage, die besonders erhebliche, schwere Kriminalstrafe auf die dieser Bedeutung adaequaten Unrechtstatbestände zu beschränken. Diese Frage findet aber nur dann und nur deshalb ihre Berechtigung, weil die Kriminalstrafe als solche eine massive sittliche Mißbilligung, eine capitis deminutio für den Betroffenen zur Folge hat[106].

Dieses Ergebnis wird auch durch folgenden Umstand bestätigt: Die Unwertigkeit einer Tat und eines Täters läßt sich nur schwer schon auf Grund der Tat selbst bestimmen, da es meist an der Kenntnis der genauen Umstände, persönlicher und sachlicher Art, fehlt, die für eine solche Bewertung maßgebend sind; in der Regel wird auch eher die Straffolge bekannt als die Tat, und die Strafe wird dann als Bewertung des Täterunrechts benützt. In diesem Sinne ist es daher nicht das Verbrechen, sondern die Strafe als solche, insbesondere die Freiheitsstrafe, die in den Augen der Gesellschaft den eigentlichen Makel des Täters zur Folge hat[107], da von ihr auf den entehrenden Charakter der Tat geschlossen wird[108].

---

104) Sax a. a. O., S. 930 Fußn. 67; Salzmann, Diss., S. 88

105) Patzig DÖV 62, 740

106) Sax Grundrechte S. 924; Eser S. 140 m. w. N.; zust. Hamann, Strafgesetzgebung S. 27

107) Kitzinger, Strafe S. 33 f.; Noll, Strafe S. 8; Zipf S. 45; a. A. Träger, Gerichtssaal 78, 241 ff., 245, nach dem nicht die Strafe, sondern die festgestellte Tat in den Augen der Gesellschaft ächtet, ein Satz, der mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmt.

108) Zipf a. a. O.; daß die Bewertung durch die Gesellschaft nicht unmittelbar ausschlaggebend sein kann, zeigen auch die unterschiedlichen gesellschaftlichen Auffassungen über einzelne Taten, die, man denke an das Gebiet der Sittlichkeitsdelikte, nach Gesellschaftskreisen, Konfessionen und

c) Auch Literatur und Rechtsprechung gehen davon aus, daß die Kriminalstrafe eine solche Mißbilligung enthält. Dabei wird jedoch als Ursache dafür der Charakter des Unrechts als sozialethische Wertwidrigkeit angegeben. Wie oben gezeigt, ist aber Ursache dieser Mißbilligung gerade nicht der Charakter des Unrechts. Deshalb ist es m.E. auch nicht richtig, von sozialethischer Mißbilligung zu sprechen, da eine solche die oben aufgezeigte (unrichtige) Kausalitätsvorstellung zwischen Unrecht und Sanktion hervorruft. Richtig ist es, von einem gesteigerten Tadel, einer erheblichen Mißbilligung, einer gesellschaftlichen Abwertung zu sprechen.

M.E. beruht dieses für uns heute feststehendes Merkmal der Kriminalstrafe auf einer in der Vergangenheit entstandenen Anschauung. Die Strafe sollte ein Verdikt über den Täter aussprechen, ihn vor der Gemeinschaft als Rechtsfeind darstellen (Strafe gleich Tadel). Mit der Strafe, insbesondere der Kriminalstrafe, war stets der Gedanke an erhebliches Unrecht, an Verbrechen verbunden, da nur wegen eines solchen verhängte Strafen eine zureichende Verbreitung erhielten; infolgedessen war auch die von der Rechtsgemeinschaft nur bezweckte und erstrebte Mißbilligung in der Volksanschauung beschränkt auf erhebliches Unrecht, als dessen Begleiterscheinung sie auch angesehen wurde. Diese Wirkung und damit das Gewicht der Strafe wurde besonders unterstrichen und hervorgehoben durch die zur Verhängung zuständige Instanz, nämlich dem Richter als Vertreter bzw. Nachfolger des Staatssouveräns (in dessen Funktion als Richter) und durch die besondere Feierlichkeit und Öffentlichkeit des Verfahrens. Die dadurch bewirkte Herabsetzung und Ächtung des Verbrechers hat sich durch die lange Zeit der Strafpraxis untrennbar mit der Kriminalstrafe verbunden, so daß sie heute von der Kriminalstrafe als realer Erscheinung nicht mehr getrennt werden kann[109]. Daß sich eine solche feste Anschauung des Volksbewußtseins über den Wert einer Sanktion gebildet hat und daß eine solche nur schwer und langsam geändert werden kann, zeigt die eindrucksvolle Diskussion in der großen Strafrechtskommission um die Abschaffung der Zuchthausstrafe[110]. Denn gerade dort wurde deutlich, daß die Allgemeinheit in der Zuchthausstrafe eine besondere Strafart sieht; der in dieser liegende gesteigerte sittliche Tadel "kann ohne

---

Berufsgruppen erheblich divergieren können. Die gesellschaftliche Bewertung wird daher nur selten ein einhelliges Ergebnis bedeuten (Bettermann, Strafgewalt, S.292). Auch deshalb ist es gerechtfertigt, zu unterscheiden zwischen der Mißbilligung durch die Strafe und der durch die Gesellschaft, wobei letztere von ersterer abhängt.

109) vgl. Eser, Diss., S.143

110) Sitzungsniederschriften Bd.I, S.82, 89 ff., 353 ff.

Verzerrung und Verschiebung der bisher gültigen Wertmaßstäbe nicht einfach ersatzlos gestrichen werden"[111].

Der Kriminalstrafe mit ihrem festen Erscheinungsbild der Deklassierung und Mißbilligung steht die Geldbuße gegenüber. Sie ist eine neue geschaffene, junge Rechtsfigur, die noch zu sehr dem gesetzgeberischen Zwecke und der Umwandlung durch die Praxis ausgesetzt ist. Aus diesem Grunde, nicht zuletzt auch wegen der geringen Publizität, kann und konnte die Rechtsgemeinschaft noch keine eindeutige Vorstellung von ihrer Realität und ihren spezifischen sozialen Folgen bekommen[112]. Das bedeutet nicht, daß z.B. mit der Geldbuße kein Unwerturteil verbunden ist, daß hier "der Ernst der staatlichen Strafe" fehlt[113]; denn auch die Geldbuße ahndet ein begangenes Unrecht und spricht mit einer solchen Sanktion auch ein Unwerturteil, "Verletzung der Rechtsordnung", über den Täter aus[114]. Vielmehr wird hier der Kriminalstrafe ein größeres Unwerturteil zugesprochen, als es der Geldbuße eigen ist, gerade weil die Kriminalstrafe herkömmlich mit Taten verbunden ist, die einen schwereren Makel verursachen[115] und weil eine solche Vorstellung mit einer Kriminalstrafe verbunden ist.

7. Mit dem Nachweis, daß mit der Kriminalstrafe, historisch bedingt, ein Makel eo ipso verbunden ist, ist aber noch nicht geklärt, wie diese Mißbilligung zum Ausdruck kommt, wie sie in das Bewußtsein der Rechtsgemeinschaft, die ja ihr "Träger" sein soll, gebracht wird.

Aus einem Vergleich der drei Strafarten: Geldstrafe, Geldbuße, gebührenpflichtige Verwarnung, ergibt sich, daß nur die Kriminalstrafe, und zwar hauptsächlich und in erster Linie, eine Freiheitsentziehung zum Gegenstand hat. Es ist daher naheliegend, in diesem Unterschied die wesentliche Ursache dieses gesteigerten Tadels zu sehen.

a) Der oben aufgezeigten hohen Bewertung der persönlichen Freiheit durch die Verfassung muß, da die Verfassung der Überzeugung der Gemeinschaft entspricht, die gesellschaftliche Abwertung dessen entsprechen, dem dieses Freiheitsrecht als Strafe entzogen wird. Tatsächlich hat auch die Ver-

---

111) so zurecht Eser, Diss., S.143 f.; Noll, Strafe, S.17 ff.

112) Im Laufe der Zeit wird sich sicher auch mit der Buße eine bestimmte Wertvorstellung verbinden: davon kann aber heute angesichts der kurzen Lebensdauer noch keine Rede sein, zust. Eser, Diss., S.144 Fußn.18

113) so aber BVerfGE 22, 49 ff., 79

114) zust. Menger-Erichsen VA 59, 72

115) Mattes S.788

büßung einer Freiheitsstrafe eine gesellschaftliche Diskriminierung ("er hat gesessen"), eine Minderung des Ansehens zur Folge; jede Freiheitsstrafe hinterläßt auf dem Verurteilten einen Makel, der ihn in den Augen der Mitmenschen, durch Entfernung aus seinem bisherigen Lebenskreis jedermann sichtbar, herabwürdigt, ihm schwere Hemmnisse für sein späteres Fortkommen auferlegt und ihn weitgehendst der sozialen Geltung in der Gesellschaft beraubt[116], so daß "die Strafe mit der Entlassung aus dem Gefängnis nicht endet, sondern eigentlich erst beginnt"[117].

b) Aus diesem Gewicht und der Bedeutung des Freiheitsrechtes bzw. der Entziehung desselben ergibt sich aber noch etwas anderes: Der gesteigerte Tadel wird nicht nur dann über den Täter verhängt und in der Gesellschaft hervorgerufen, wenn eine primäre Freiheitsstrafe verhängt und verbüßt ist, sondern auch dann, wenn lediglich eine fakultative Freiheitsstrafe verhängt wird, d.h. eine Geldstrafe, die gem. § 29 StGB in eine Ersatzfreiheitsstrafe umgewandelt werden kann.

aa) Im Falle einer nur fakultativen Freiheitsstrafe wird zwar diese Freiheitsstrafe nur ausgesprochen, in der Regel aber nicht verbüßt[118]. Das steht aber der Tadelwirkung nicht entgegen, denn Grund und Ursache für diesen gesteigerten Tadel ist nicht so sehr die Verbüßung der Freiheitsstrafe, sondern vielmehr ihr Ausspruch: schon das Strafurteil, der Strafausspruch ist in diesem Sinne Strafe[119] und spricht über den Täter Tadel und Mißbilligung aus. Das zeigt sich deutlich an einem gnadenweisen Straferlaß. Hier kann keine Rede davon sein, daß der Täter ohne Strafe geblieben ist, ihm wird lediglich die Strafverbüßung erlassen. Der Strafausspruch bleibt aber bestehen; der Täter ist bestraft und ist für die Zukunft vorbestraft[120] Dann hat aber auch ein solcher Kriminalstrafausspruch den mit einer Kriminalstrafe verbundenen Tadel zur Folge[121].

bb) Da schon der Strafausspruch den Tadel enthält, spricht auch die Geldstrafe eine solche Mißbilligung aus. Der Grund hierfür ist aber nicht

---

116) Zipf S.20 117) Bockelmann JZ 51, 498

118) Nach Schaffheutle-Rösch, Niederschriften, Bd.I, S.151 muß nur in ca. 10 % der Verurteilungen zu Geldstrafen die Ersatzfreiheitsstrafe vollstreckt werden.

119) Arndt, Festschrift, S.16; Hamann, Strafgesetzgebung, S.58; Habscheid MDR 66, 1 ff., 6 Fußn.78

120) Eintrag im Strafregister mit Zusatzvermerk, §§ 4-7 StrafRegVO

121) Noll, Strafe, S.19

nur der, daß sie "Strafe" ist, statt "Buße", sondern vielmehr in erster Linie der, daß die Entscheidung über eine Kriminalgeldstrafe nicht nur die Verhängung einer Vermögenssanktion bedeutet. Gemäß § 29 StGB tritt an die Stelle einer uneinbringlichen (und zwar jeder) Kriminalgeldstrafe eine Ersatzfreiheitsstrafe. Diese ist nicht lediglich ein Zwangsmittel gegen einen säumigen Schuldner, sondern eine echte Freiheitsstrafe zur Ahndung des begangenen Unrechts[122]; wie jede andere Freiheitsstrafe muß sie daher dem Unrechtsgehalt der Tat und der Schuld des Täters entsprechen[123]. Als Kriminalfreiheitsstrafe enthält sie daher auch den stets mit einer solchen verbundenen gesteigerten Tadel über den Täter, die Mißbilligung, den "Ausdruck der Bedeutung (des gesteigerten Unwerts) der Straftat, für die verletzte Rechtsordnung"[124].

Im Regelfall erfolgt die Verhängung der Ersatzfreiheitsstrafe unmittelbar zusammen mit der Geldstrafe (und muß auch so erfolgen[125]). In diesem Falle, in dem der Richter zugleich die Freiheitsstrafe ausspricht, kommt ganz deutlich auch der Tadel der Kriminalgeldstrafe zum Ausdruck. Noch deutlicher wird das durch die Einführung des sog. Tagessatzsystems gemäß § 40 StGB i.d.F. d. 2. StrRG zum StGB[126]. Dadurch, daß hier der Richter die Geldstrafe in Tagessätzen angeben muß (Höhe und Zahl sind im Urteil anzugeben, § 51 IV) und § 55 I 2 ausdrücklich erklärt: "Einem Tagessatz entspricht ein Tag Freiheitsstrafe", macht der Urteilsspruch unmißverständlich die Wirkungs- und damit auch Tadelsgleichheit von Geldstrafe und Ersatzfreiheitsstrafe sichtbar. - Aber auch dann, wenn die Ersatzfreiheitsstrafe erst nachträglich ausgesprochen wird (§ 459 StPO: bei versehentlichem Unterbleiben), enthält die Verhängung der Geldstrafe eine Mißbilligung des Täters, denn der Ausspruch der Geldstrafe bedeutet zugleich die Entscheidung über die Ersatzfreiheitsstrafe. In dem späteren richterlichen Verfahren erfolgt keine Nachprüfung des Straferkenntnisses mehr, weder im Schuld- noch im Strafausspruch[127]. Der Ausspruch der Geldstrafe enthält vielmehr zugleich die Ent-

---

122) OLG Frankfurt NJW 66, 2178; BGH NJW 64, 2069

123) BGHSt 20, 13, 16; VRS 31, 184 ff., 186

124) Mittelbach NJW 57, 1138

125) Das ergibt sich aus dem Wortlaut von § 459 StPO: "unterlassen"; so z.B. Müller-Sax, StPO § 459 Anm. 1; Schäfer in Löwe-R., StPO, § 459 Anm. 1

126) v. 4.7.69 (BGBl. I, 717)

127) Schwarz-Kleinknecht, StPO § 459 Anm. 2; ebenso für das frühere Verwaltungssteuerstrafverfahren, h.M. z.B. Kühn AO § 470 Anm. 3; Hübschmann-Hepp, § 470 Anm. 7; Bender S. 49

scheidung über die Voraussetzungen der Freiheitsstrafe, nämlich die objektive und subjektive Tatbestandsmäßigkeit. Der für die Umwandlung nach § 29 StGB zuständige Richter prüft nur noch die mehr formellen Voraussetzungen dieser Norm.

Damit unterscheidet sich aber der Ausspruch der Kriminalgeldstrafe ganz deutlich von dem einer Geldbuße. Die Geldstrafe darf dann nämlich nicht mehr, wie die Geldbuße, allein unter dem Gesichtspunkt der dem Täter auferlegten Vermögenseinbuße betrachtet werden, sondern es ist stets die "hinter" ihr stehende Freiheitsstrafe heranzuziehen[128]; da jede Kriminalgeldstrafe in eine Freiheitsstrafe umgewandelt werden kann, enthält jeder Ausspruch einer Geldstrafe zugleich den Ausspruch einer Freiheitsstrafe. Die Geldstrafe bedeutet damit letztlich, daß eine Freiheitsstrafe, unabhängig davon, ob sie ausgesprochen ist oder nicht, einmal in voller Schärfe zur Wirkung kommen kann[129]. Diese notwendige Folgewirkung jeder Geldstrafe stellt diese neben die Freiheitsstrafe, da nach der gesetzgeberischen Entscheidung beide der Unrechtsschwere und der Tatschuld entsprechen müssen[130].

Diese weitreichende Bedeutung schon der Kriminalgeldstrafe und das Wissen darum in der Rechtsgemeinschaft bewirkt eine "Aufwertung" derselben und stellt sie der Freiheitsstrafe gleich: die hinter ihr stehende Freiheitsstrafe spricht damit nämlich für die Geldstrafe den mit jeder Freiheitsstrafe verbundenen Tadel über den Täter aus. Damit hat aber letztlich die Geldstrafe selbst diese Mißbilligung zur Folge, denn ihr Ausspruch bedeutet wegen der Freiheitsstrafe eine gesellschaftliche Abwertung des Täters. Aus der bloßen Vermögenssanktion wird durch die fakultative Freiheitsstrafe eine deklassierende Kriminalstrafe[131].

---

128) Mittelbach NJW 57, 1139

129) Mittelbach NJW 57, 1138

130) Dabei wird die in dieser Gleichstellung liegende Problematik nicht verkannt, vgl. dazu Zipf S. 34, Tiedemann GA 64, 353 ff., 366 f., jeweils m.w.N.; sie ist aber zumindest de lege lata entschieden.

131) Diese Maßgeblichkeit der Ersatzfreiheitsstrafe zeigt auch die Praxis, die bei der Kriminalgeldstrafe immer die Freiheitsstrafe berücksichtigt: § 2 III, II Straffreiheitsgesetz; ebenso werden Vorstrafen meist nach der Ersatzfreiheitsstrafe bemessen, da die Geldstrafe wegen § 27 c StGB den Tatunwert nur ungenau zum Ausdruck bringt, vgl. BGH NJW 62, 211 f. - An dieser Tadelwirkung schon der Geldstrafe kann auch nichts ändern, daß die Ersatzfreiheitsstrafe unter einer Bedingung ("uneinbringlich") verhängt wird; denn auch die Strafaussetzung zur Bewährung ist insoweit ein bedingter Strafausspruch. Ein so Bestrafter ist aber mit einer

cc) Demgegenüber hat die Erzwingungshaft bei der Geldbuße eine ganz andere Bedeutung; zwischen diesen beiden Reaktionsmitteln besteht eine ganz andere Beziehung.

Während die Ersatzhaft s t a t t der Geldstrafe die T a t ahnden soll und sich deshalb, wie gezeigt, nach der Tatschwere und der Tatschuld bemißt, hat die Erzwingungshaft keine solche Beziehung zur Tat. Sie erfolgt letztlich nicht, w e i l eine T a t begangen, sondern weil eine G e l d b u ß e v e r h ä n g t worden ist. Allein die Vollstreckung dieser Geldbuße ist das Ziel der Erzwingungshaft. Dementsprechend hat auch der diese Haft aussprechende Richter den zugrunde liegenden Schuldausspruch nicht nachzuprüfen oder zu berücksichtigen[132]; die Zumessung der Erzwingungshaft erfolgt vielmehr, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben sind (§ 69 I 1 OWiG 52, § 96 I OWiG 68), allein nach vollstreckungsrechtlichen Gesichtspunkten[133]. - Darin stimmt aber die Erzwingungshaft mit der Ersatzzwangshaft des Verwaltungsvollstreckungsrechts (z.B. § 16 VwVG) überein; denn auch dort hat das Gericht bei der Zumessung nicht das Gewicht des Vorwurfs wegen der bisherigen Nichterfüllung oder den zugrundeliegenden Verwaltungsakt zu berücksichtigen; zu erwägen hat es lediglich, welche Haftdauer den Beugezweck erreichen wird[134].

Diese Übereinstimmung mit der Zwangshaft des Vollstreckungsrechts besteht aber auch im übrigen:

Während die Ersatzhaft (= E r s a t z strafe) vollstreckt wird, wenn der Täter nicht zahlen kann (§ 29 I 1 StGB: "uneinbringlich"), ist die Erzwingungshaft gerade in diesem Fall nicht zulässig[135]. Sie ist vielmehr nur zulässig, wenn der Täter zwar zahlen kann, aber nicht zahlen will[135], also gerade dann, wenn bei der Kriminalgeldstrafe diese im Vollstreckungswege beigetrieben

---

echten Strafe belegt, er ist vorbestraft, vgl. Welzel LB, S. 243

132) vgl. Rotberg § 69 Rdnr. 5; Göhler § 96 Anm. 1, 4 D

133) Rotberg a.a.O.; Rebmann-R.-H., § 96 Rdnr. 15

134) vgl. z.B. Schmitt-Lermann, BayrVwVG § 33 Erl. 5; ebenso Altmeyer-Lahm, RhldPfVwVG § 67 Erl.

135) Rotberg § 69 Rdnr. 2; Rebmann-R.-H. § 69 Rdnr. 1; die Möglichkeit, bei u n v e r s c h u l d e t e r Zahlungsunfähigkeit die Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe zu unterlassen, § 29 VI StGB (ebenso Sonderausschuß für die Strafrechtsreform, Bericht, BT DrS V, 4095, S. 22), ist demgegenüber eine Gnadenentscheidung, ein bedingter Strafaufschub, vgl. § 49 V Strafvollstr. O, nicht jedoch ein Strafverzicht, Jagusch, LK, § 29 Anm. 10; Schwarz-Dreher § 29 StGB Anm. 4 B

wird[136]. Wäre die Erzwingungshaft tatsächlich eine Strafe, ein echter Ersatz für die Geldbuße, so wäre unverständlich, warum auf diesen Ersatz verzichtet werden soll, wenn die Geldbuße nicht realisiert werden kann, denn für einen solchen Fall ist doch gerade der Ersatz da. Die Anwendbarkeit der Erzwingungshaft gerade und nur im Falle der Zahlungsunwilligkeit zeigt, daß es sich um eine Zwangs- und Beugemittel handeln muß[137]. Denn gerade im Zwangs-(Vollstreckungs-)Recht ist ein Zwangsmittel unzulässig, wenn der erstrebte Zweck nicht erreicht werden kann, zulässig ist es nur, wenn dieser Zweck vom Willen des Schuldners abhängt, wenn es etwas zu beugen gibt[138].

Eine weitere Übereinstimmung zum Vollstreckungsrecht ergibt sich aus folgendem: Während die Verbüßung der Ersatz(straf)haft bewirkt, daß eine nachträgliche Beitreibung der Geldstrafe ausgeschlossen ist[139], hat die Vollstreckung der Erzwingungshaft auf die Geldbuße grundsätzlich keinen Einfluß. Wie bei der Haft des Zwangsrechts, kann die Geldbuße vielmehr auch nach Verbüßung der Erzwingungshaft beigetrieben werden[140]. Eine Ersatz-funktion kommt ihr daher nicht zu.

An dieser reinen Zwangsnatur der Erzwingungshaft kann nichts ändern, daß der Täter "gesessen" hat; daraus kann insbesondere nicht auf eine Gleichheit mit der Ersatz(straf)-haft und damit auf eine solche von Geldstrafe und Geldbuße geschlossen werden[141]. Denn auch bei der Vollstreckungshaft hat der Täter "gesessen". Dennoch kann bei diesem "Sitzen" keine Rede davon sein, daß der Betroffene eine Freiheitsstrafe verbüßt[142]. - Funktion und Ausgestaltung der Erzwingungshaft als einem reinen Vollstreckungsmittel,

---

136) §§ 463 StPO i.V. m. § 704 ZPO bzw. Strafbeitreibungsanordnung der Länder v. 15.2.56, vgl. dort etwa § 8 I.

137) Rebmann-R.-H. § 96 Rdnr. 1

138) vgl. z.B. § 71 IV Hess. VwVG; § 62 IV VwVG für RhldPf; s. auch oben § 4

139) z.B. Schwarz-Dreher, § 29 Erl. 1 B; Jagusch, LK, § 29 Anm. 1: Soweit die Ersatzhaft verbüßt ist, kann die Geldstrafe nicht mehr beigetrieben werden.

140) Rebmann-R.-H., § 96 Rdnr. 10; die Regelung des § 85 IV EGOWiG, wonach die Geldbuße nach Verbüßung der Haft für erledigt erklärt werden konnte, wurde auf Einspruch des BR (Amtl. Begründung S. 134) gestrichen, da sie "zu der Mißdeutung Anlaß (gebe), daß die Erzwingungshaft dem Wesen nach der Ersatzhaft gleichsteht"; Göhler § 97 Anm. 5

141) so aber z.B. Cordier NJW 67, 2141 ff., 2144; Schoreit GA 67, 225 ff., 235; Bettermann AöR 92, 496, 500 ff.

142) Dem wird auch äußerlich Rechnung getragen: Die Erzwingungshaft wird wie eine Zivilhaft vollstreckt, Dienst- und Vollzugsordnung v. 1.12. 1961, Nr. 258 ff.

nur zur Beitreibung der Geldbuße, hebt sie klar und eindeutig von der tat- und schuldgerechten Ersatzfreiheitsstrafe ab und gibt ihr ein ganz anderes Gewicht als dieser. Die Erzwingungshaft gem. § 69 OWiG 52 (bzw. 96 OWiG 68) hat keinen Straf- oder Ahndungscharakter, sie darf nicht mit der Ersatzfreiheitsstrafe gem. § 29 StGB verwechselt werden[143].

dd) Dieser hier aufgezeigte Unterschied zwischen Geldstrafe einerseits und Geldbuße, selbstverständlich auch gebührenpflichtiger Verwarnung andererseits, hat zur Folge, daß nur die fakultative Freiheitsstrafe, d.h. die gem. § 29 StGB in eine Freiheitsstrafe umwandelbare Geldstrafe dem Richtervorbehalt unterliegt. Dieser Satz hat nach dem Ausgeführten seinen Grund und seine Rechtfertigung in der Wertentscheidung, die das Grundgesetz, im Hinblick auf die geschichtliche Vergangenheit, zugunsten der Freiheitsentziehung getroffen hat. Diese Wertung besagt, daß jeder - sei es auch nur fakultative - gerinste Freiheitsentzug gravierender eingeschätzt wird als eine noch so erhebliche geldliche Sanktion[144], eben auch weil die Nebenwirkung der Freiheitsentziehung schon mit einer fakultativen Freiheitsstrafe verbunden ist. Um diese Wertung aufzuzeigen, bedurfte es oben des Nachweises, warum diese Voraussetzungen bei einer Vermögenssanktion nicht gegeben sind. Denn allein auf Grund von Art. 104 II 1 GG wäre auch ein Umkehrschluß dahin möglich, daß nur Freiheitsstrafen, nicht aber in solche umwandelbare Geldstrafen, dem Richter vorbehalten sind[145]. Erst nachdem gezeigt wurde, daß das Grundgesetz und die Rechtswirklichkeit der Freiheitsstrafe ein erheblich größeres Gewicht (gesteigerter Tadel, erhebliche Mißbilligung) beimessen als einer reinen Vermögenssanktion, konnte auch die umwandelbare Geldstrafe dem Richtervorbehalt unterworfen werden. Für sie wirkt quasi die fakultive Freiheitsstrafe vor und hebt sie damit von der ausschließlichen Vermögenssanktion, wie z.B. der gebührenpflichtigen Verwarnung oder Geldbuße ab.

---

143) ganz h.M. z.B. Rotberg § 69 Rdnr. 1; Rebmann-R.-H. § 96 Rdnr. 1; Göhler §§ 96 Anm. 5 D, 97 Anm. 5

144) Menger-Erichsen VA 59, 73; Wolff I., S. 79

145) So wohl Bettermann, Strafgewalt, S. 301, nach dessen Ansicht nur die Freiheitsstrafe, nicht aber die Geldbuße und Geldstrafe dem Richter vorbehalten ist, ebenso in AöR 92, 496 ff., 500 ff. (argumentum e contrario aus Art. 104 II GG); die fakultative Freiheitsstrafe bezieht er in die Überlegung nicht mit ein; im übrigen stellt er in AöR 92, 501 f. die Freiheitsentziehungen nach § 29 StGB und § 69 OWiG insoweit völlig gleich für Art. 92 GG.

Ergebnis der Ausführungen ist somit:

1. Die Geldstrafe, die in eine Ersatzfreiheitsstrafe umgewandelt werden kann und deren Verhängung schon die Entscheidung über die Freiheitsstrafe bedeutet, weil der für die Umwandlung zuständige Richter nur über den "Umwandlungsmechanismus", nicht aber über Tat und Schuld zu entscheiden hat, ist ausschließlich dem Richter vorbehalten (fakultive Freiheitsstrafen).
2. Demgegenüber sind solche Geldstrafen, die zwar auch in Freiheitsstrafen umgewandelt werden können, bei denen aber der Richter in vollem Umfang, selbständig und ungebunden über Tat und Schuld entscheidet, nicht dem Richter vorbehalten[146]. Eine solche Geldstrafe kann vielmehr auch durch die Verwaltung verhängt werden, da sie noch keine Entscheidung über die Freiheitsentziehung bedeutet.

Ausgeschlossen von der Verwaltungszuständigkeit sind nach diesem Ergebnis solche Geldstrafen, die, wie früher gem. § 470 AO[147], der Richter bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen in eine Ersatzfreiheitsstrafe umwandeln mußte, ohne Schuld und Tat nachprüfen zu können[148]. Denn da gem. Art. 104 II GG der Richter die Verantwortung für die Freiheitsstrafe trägt und tragen muß[149] und diese bei der Ersatzfreiheitsstrafe der Tatschuld entsprechen muß, muß ihm ein umfassendes Prüfungsrecht zustehen[150]. Da die Umwandlungspflicht bei § 470 AO, der dem § 29 StGB äußerlich nachgebildet wurde, dem gesetzgeberischen Willen entsprach[151], kam eine verfassungskonforme Auslegung statt der Verwerfung nicht in Betracht; eine solche

---

146) ebenso Menger-Erichsen VA 59, 73, die mit gleicher Begründung die hier vertretene Ansicht zum erstenmal, soweit ersichtlich, zur Diskussion stellen; zust. i.E. auch H.J. Wolff I., S. 79, allerdings nicht mit Art. 92 GG als Begründung, sondern mit anderen Verfassungssätzen, Art. 104 II GG; Wolff bezeichnet dieses Ergebnis als bundesverfassungsrechtlichen Grundsatz. Wenn Menger-Erichsen a.a.O. es für "denkbar" halten, solche Strafen (sc. Ergebnissatz 2) nicht als Strafen zu bezeichnen, so ist damit wohl gemeint als Strafen i.S. v. Art. 92 GG

147) als verfassungswidrig gegenstandslos seit BVerfGE 22, 49, 82

148) so für § 470 AO die h.M. der Steuerrechtsliteratur, vgl. Habscheid MDR 66, 9 Fußn. 121 m.w.N.

149) vgl. BVerfG DVBl. 68, 75, 76

150) Maunz-Dürig Art. 104 Rdnr. 28; Habscheid MDR 66, 9

151) vgl. Hübschmann-Hepp § 470 Anm. 2

findet stets ihre Grenze am Willen des Gesetzgebers und am Gesetzeszweck[152].

Das obige Ergebnis bedarf noch einer Ergänzung. Die nicht dem Richter vorbehaltene Geldstrafe (Ergebnissatz 2) kann dazu führen, daß die Verwaltung auf eine solche Geldstrafe erkennt, während der Richter, bei der Umwandlung, aus objektiven oder subjektiven Tatbestandsgründen einen Schuldvorwurf verneint. Diese Möglichkeit widersprüchlicher Entscheidungen - der Täter weiß letztlich nicht, ob er bestraft ist oder nicht - verletzt sicher nicht die Verfassung; denn ein Verfassungssatz derart, daß zwei Staatsorgane nicht sich widersprechende Entscheidungen erlassen dürfen, gibt es nicht. Die darin liegende rechtspolitische Gefahr läßt sich auch unschwer vermeiden: Das für die Umwandlung zuständige Gericht prüft die zugrundeliegende Tat auch für die Geldstrafe und hebt gegebenenfalls die Verwaltungsentscheidung auf (vgl. etwa § 61 I OWiG 52, ebenso § 86 I OWiG 68). Damit ist eine Widerspruchsgefahr vermieden.

ee) Als weiteres Merkmal der Kriminalstrafe gehört hierher weiter die Eintragung derselben in das Strafregister, die den Betroffenen nicht nur bei späteren Straftaten belastet, sondern darüber hinaus auch im Privatleben als "Vorbestraften" deklariert. Ferner gehört hierher die Öffentlichkeit des Verfahrens, das der verhängten Strafe eine große Breitenwirkung verleiht.

Zu erwarten ist der Einwand, daß auch die Kriminalstrafe im schriftlichen Verfahren ausgesprochen werden kann (§§ 407 f., 413 ff., StPO) und daß nicht alle Kriminalstrafen in das Strafregister eingetragen werden (vgl. § 2 III Strafregisterverordnung), so daß in diesen Fällen die "Voraussetzungen" einer Mißbilligung nicht vorliegen[153].

Dieser Einwand, der in der Tat zutreffend ist[154], weist auf ein letztes Merkmal in der Sanktion hin, nämlich auf den Namen. Wie oben ausgeführt, verbindet sich mit der Kriminalstrafe die Vorstellung von einem erheblichen Unrecht, von einer gewichtigen Reaktion des Staates und von einem schweren Unwerturteil. Dieses Vorstellungsbild ist heute fester Bestandteil jeder Kriminalstrafe. Es wird ausgedrückt gerade durch den Ausspruch der "Strafe". An dieser Bedeutung kann nichts ändern, daß in einzelnen Fällen die Kriminalstrafe nicht so gewichtige Übelwirkungen oder geringere Nebenwirkungen zur Folge hat, etwa gerade bei der Geldstrafe für Übertretungen. Die Sanktion bleibt Kriminalstrafe und erzeugt das mit einer solchen verbundene Vorstel-

---

152) BVerfGE 8, 28, 34

153) vgl. z.B. Krümpelmann S. 177; Bettermann AöR 92, 496 ff., 501 f.

154) Unrichtig daher BVerfGE 22, 49 ff., 80, wonach u.a. die Eintragung im Strafregister die unterschiedliche Behandlung von Geldstrafe und Geldbuße rechtfertigt.

lungsbild. Deshalb fällt auch nicht entscheidend ins Gewicht, daß in bestimmten Fällen kein öffentliches Verfahren und kein Strafregistereintrag erfolgt. Da sie Geldstrafe ist statt Geldbuße, hat die Geldstrafe u.U. zwar eine geringere, aber dennoch vorhandene sittliche "Bemakelung" des Täters zur Folge[155].

Dem Einwand, daß die Entscheidung dann letztlich durch die Etikette der Sanktion getroffen wird ("Etikettenschwindel[156]"), was im Ergebnis auf einen formellen Rechtsprechungsbegriff hinausliefe[157], diesem Einwand ist zum Teil recht zu geben. Wie oben gezeigt, hat der Gesetzgeber tatsächlich die Möglichkeit, im Rahmen einer Ermessensentscheidung die Sanktion, genauer: ihre Art, bei Rechtsverstößen zu bestimmen. Diese Entscheidungsfreiheit findet aber u.a. ihre Grenzen an der Freiheitsentziehung. Der Gesetzgeber könnte nicht eine "Freiheitsbuße" schaffen, weil mit der vergeltenden Entziehung der Freiheit, die als erste Voraussetzung für jede freiheitliche Betätigung des Menschen überhaupt bezeichnet wird (s. oben), eine enge Verbindung zur Kriminalstrafe vorhanden bliebe; denn die Freiheitsstrafe ist charakteristisch für die Kriminalstrafe[158]. "Da das geltende Recht Gefängnis als Strafe (sc. Kriminalstrafe) behandelt, so bliebe die Haft im Gefängnis auch in solchen Fällen Strafe, in denen sie auf Grund besonderer gesetzlicher Ermächtigung von Verwaltungsbehörden verhängt würde" und Ordnungswidrigkeiten, die mit einer "Gefängnisbuße" belegt würden, wären deshalb Kriminaldelikte[159].

---

155) Sax, Grundrechte, S.1013

156) Tiedemann AöR 89, 56 ff., 75 Fußn. 66; zum OWiG 1968: Kern-Roxin S.304

157) Bettermann AöR 92, 501: Der Umfang des Richtermonopols steht zur Disposition des einfachen Gesetzgebers, was mit einem materiellen Rechtsprechungsbegriff schwerlich vereinbar sein dürfte.

158) BVerfGE 13, 367, 372

159) so zutr. Bockelmann k+V 1966, 283 ff., 291. Diesen Einwand übersieht m.E. die Ansicht, die auch im Ordnungswidrigkeitenrecht eine Ersatzfreiheitsstrafe für unvermeidlich hält, da man sonst den zahlungsunwilligen Tätern gegenüber machtlos wäre, vgl. z.B. Schicker DVBl. 59,161; Schäfer in Dalcke-F., S.458 m.w.N.; Krümpelmann S.185. Der Grundrechtseingriff auch der Ersatzfreiheitsstrafe ist nur bei schwerstem Unrecht berechtigt. Führte der Gesetzgeber auch im OWiG eine solche Regelung ein, so wäre der eigentliche Zweck dieses Gesetzes, Verhängung milderer Sanktionen, verfehlt; zugleich wird aber auch der äußerliche Unterschied wieder aufgehoben. Die Freiheit und

8. Ergebnis der Überlegungen ist sonach: Auch die Verwaltung kann strafen, kann Strafen verhängen; lediglich ein Teil der Strafen, nämlich die fakultativen Freiheitsstrafen, d.h. die gem. § 29 StGB in eine Freiheitsstrafe umwandelbaren Geldstrafen, sind ihrer Zuständigkeit entzogen und ausschließlich dem Richter vorbehalten.

Gegen eine solche Strafkompetenz werden in der Literatur verschiedene Argumente vorgebracht. Dabei beziehen sich allerdings diese Einwendungen in der Regel gegen die Zuständigkeit zur Verhängung von Kriminalstrafen. Eine solche Beschränkung ergibt sich daraus, daß die betreffenden Literaturmeinungen Geldbußen und gebührenpflichtige Verwarnungen entweder als aliud gegenüber der Kriminalstrafe bezeichnen, so daß insoweit für diese Meinungen verfassungsrechtliche Bedenken nicht auftauchen, oder aber wird die Geldbuße und gebührenpflichtige Verwarnung als echte Kriminalstrafe bezeichnet, so daß sich dieselbe Problematik ergibt wie bei diesen. Wegen der hier vertretenen engen Beziehung zwischen Kriminalstrafen und den übrigen Strafarten müssen aber diese Argumente auch bezüglich ihrer Berechtigung gegenüber der Geldbuße und der gebührenpflichtigen Verwarnung geprüft werden.

a) Von den Gegnern einer Verwaltungsstrafkompetenz wird erklärt, daß das Verwalten und Bestrafen zwei untereinander "wesensfremde und sich widersprechende" Aufgaben seien, Strafen ließen sich nicht verwalten, der Strafrahmen der Strafgesetze könne nicht in derselben Weise ausgefüllt werden, wie der Ermessensspielraum der Verwaltungsgesetze[161]). Die Individualisierung der Strafsanktion, Bewertung der Tat für Täter und Allgemeinheit, die Schuldbemessung und die Strafzumessung überfordere die Verwaltung, die vielfach nach reiner Zweckmäßigkeit handle[161]). Dieser seien die Grundgedanken rechtsstaatlichen (und damit gerechten) Strafens nicht vertraut[162]).

Würde des Menschen (darf) nicht wegen jeder lächerlichen Zuwiderhandlung ... angetastet (werden), so E. Schmidt JZ 51, 101 f., 102 (Ordnungswidrigkeiten dürfen "unter keinen Umständen" zu einer Freiheitsentziehung führen, E. Schmidt a.a.O. (wie sich aus dem Zusammenhang ergibt, meint Schmidt eine ahndende Freiheitsentziehung)); vgl. auch Baumann, Protokoll S. 62 f., wonach u.a. wegen der fragmentarischen Natur des Strafrechts, auch auf der Rechtsfolgeseite, eine Lückenhaftigkeit, d.h. Verzicht auf kurzfristige Freiheitsstrafen, hinzunehmen sei.

160) Habscheid MDR 66, 1 ff., 5 f.

161) Arndt, Festschrift S. 16 f.; Habscheid a.a.O.

162) Müller NJW 60, 610

Zwar ist richtig, daß zur typischen Verwaltungstätigkeit nicht die Schuldfeststellung gehört, daß vielmehr Bedeutung für die Verwaltung grundsätzlich nur die objektive Rechtswidrigkeit hat. Das gilt aber schon z.B. im Fürsorgerecht nicht, wo aus Gründen der selbstverschuldeten Not eine Unterstützung verweigert werden kann[163]. Auch kann nicht gesagt werden, weil das Strafgesetz auf Grund seines Strafrahmens ein unvollständiges Gesetz sei, sei die richterliche Entscheidung rechtsschöpferisch, gesetzesergänzend, rechtssetzend[164]. Auch der Richter setzt grundsätzlich kein Recht. Er "findet" und erkennt es[165]. Darin unterscheidet er sich aber nicht von einem Verwaltungsbeamten. Auch dieser hat eine abstrakt-generelle Norm auf einen Einzelfall zu konkretisieren und insoweit Recht,für den Bürger grundsätzlich verbindlich, zu setzen. Auch in der Zuweisung, in der Individualisierung der Rechtsfolge besteht kein grundsätzlicher Unterschied. Innerhalb des Strafrahmens steht dem Richter ein "Spielraum" zu, "der nach unten durch die schon schuldangemessene Strafe und nach oben durch die noch schuldangemessene Strafe begrenzt wird"[166]; nach dieser Rahmentheorie "steht somit dem Richter ein Rechtsfolgeermessen" zu für die Bestimmung der Strafe, wobei er alle für die Entscheidung bedeutsamen Umstände zu berücksichtigen hat. Dasselbe gilt aber auch für die Verwaltung; auch sie hat bei dem ihr zustehenden Ermessen im Rahmen von Sinn und Zweck des Gesetzes alle bedeutsamen Umstände zu berücksichtigen, innerhalb ihres Rechtsfolgeermessens. Selbst wenn man dabei davon ausgeht, daß die Verwaltung nach Zweckmäßigkeit und Billigkeit entscheidet, bedeutet das letztlich keinen Unterschied. Denn auch diese sind durch den Normzweck, den der Gesetzgeber bestimmt, und durch Art.20 III GG gebunden. Andererseits berücksichtigt auch der Strafrichter innerhalb des schuldangemessenen

---

163) Bettermann, Strafgewalt, S.302

164) so aber Arndt a.a.O.

165) Bender S.20

166) BGHSt 7, 28, 32; 20, 264, 267; zust. Schönke-Schröder, vor § 13 Rdnr.4; Maurach, AT, § 6 I D, 7 II 1 und III; Baumann AT, S.11; Koffka JR 55, 12; im Grundsatz auch Dreher JZ 67,41; ebenso E 1962 zum StGB (BT DrS IV, 650), Amtl. Begründung S.96: "Der Entwurf muß der auch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung vertretenen Auffassung Raum geben, daß auch für die einzelne Tat verschiedene Strafgrößen innerhalb eines engen Spielraums im weiten Bereich des gesetzlichen Strafrahmens als schuldangemessen zu betrachten sind."

Strafrahmens präventive Strafzwecke[167]. Die Verwaltung schlägt keineswegs "alles über einen Leisten"[168], wie etwa Arndt[169] meint; auch sie "mißt zu". Für den Beamten wie für den Richter ist nur eine Entscheidung richtig, nämlich die billigste und angemessenste. Das richterliche und das Verwaltungsermessen beruhen auf denselben gesetzgeberischen Erwägungen: Die Rahmenausfüllung, die Konkretisierung auf Grund von bestimmten Voraussetzungen und die Individualisierung kann nicht schon der Gesetzgeber selbst vornehmen[168], sondern sie muß notwendig für den Einzelfall von dem tätigen Staatsorgan getroffen werden; beide Ermessensarten unterscheiden sich nicht grundsätzlich[170]. Gerade das von Arndt angeführte Beispiel der Geldbuße beweist, daß sich die Bußgeldzumessung durch die Verwaltung und die Strafzumessung durch den Richter nicht grundsätzlich unterscheiden. Wie oben ausgeführt, erfolgt die Zumessung der Geldbuße nach Tatschwere und Schuld, persönlichen Umständen, nach typisch strafrechtlichen Merkmalen. Gerade diese Verwaltungstätigkeit zeigt, daß tatsächlich auch die Verwaltung bestraft, bestrafen kann[171]. Dasselbe gilt grundsätzlich für die gebührenpflichtige Verwarnung. Eine Bestätigung ist ferner auch trotz aller Verschiedenheit die Disziplinarstrafe. Aus allem ergibt sich m.E. zwingend, daß sich "vom Wesen des Strafens" her keine "habituelle Unfähigkeit" der Verwaltung zur Ausübung staatlicher Strafgewalt beweisen läßt[172].

---

167) Bender S.22

168) Bettermann, Strafgewalt, S.303

169) Arndt, Festschrift, S.18

170) Bettermann a.a.O. unter Aufgabe seiner früheren Ansicht in Festschrift für Jellinek S.367; wohl auch Peters, Strafprozeß, S.569 ff.; Schönke-Schröder, Vorb. § 13, Rdnr.85; anders allerdings: Bruns, Strafzumessungsrecht S.66 ("nicht vergleichbar").

171) Das Argument, der Gesetzgeber wollte keine Strafe schaffen, so z.B. Feucht, Diss., S.103 f., entfällt gegenüber dieser Rechtswirklichkeit.

172) Bender S.22; Bettermann, Strafgewalt, S.303; auch die angebliche Sühnewirkung einer Strafe steht der Verwaltungsstrafgewalt nicht entgegen. Da Sühne nur eine "erhoffbare" Reaktion des Täters ist, wird sie nicht "verhängt", sie kann daher auch nicht einer bestimmten Staatsgewalt, z.B. dem Richter (so Habscheid a.a.O. S.2; BVerfGE 22,49 ff., 80) vorbehalten bleiben; siehe zur Sühne oben § 2, 2.Abschnitt, B 2 b.- Auch die angebliche Wesensfremdheit von Verwalten und Bestrafen überzeugt nicht (so aber z.B. Lotze NJW 56, 1541); auch Gesetzgebung und Rechtsprechung und Verwaltung und Gesetzgebung sind "wesensfremd",

b) Daß nur der Richter Gewißheit zu vermitteln vermag und die Verhängung von Strafen nur auf Grund eines "Wahrspruches" möglich sei, der nicht das mindeste mit dem "dunklen Begriff der sogenannten Subsumtion" zu tun hat[173], kann nicht gegen eine grundsätzliche Strafkompetenz der Verwaltung geltend gemacht werden. Ganz abgesehen davon, daß die Verwaltung nicht lediglich "Interessen wahrnimmt", sondern nach h.M. gehalten ist, Gerechtigkeit nicht nur als Grenze zu respektieren, sondern auch inhaltlich zu verwirklichen[174], daß sie deshalb auch zur Wahrheitserforschung verpflichtet ist (und u.U. viel eher sachlich dazu in der Lage ist)[175], abgesehen davon bleibt offen, warum Strafen nur nach vorherigem Wahlspruch möglich sein sollen. Auch der Richter kennt "Wahrsprüche" unterschiedlicher Qualität: Strafbefehlsverfahren[176]; auch im Disziplinarstrafrecht ist Bestrafung ohne Wahrspruch möglich. - Für diese einerseits die Justiz idealisierende und andererseits die Verwaltung abwertende These vermag Arndt im übrigen keine überzeugenden Beweise zu erbringen. Gleichfalls kann nicht bejaht werden, daß Strafrecht ohne Richterspruch nicht exekutierbar sei, daß das Strafgesetz nicht "ausgeführt" werde (Arndt). Die Verwaltung führt keineswegs nur aus, sondern sie mißt gleichfalls zu, wie oben gezeigt. Aus diesem Grund ist also eine Richtervorschaltung keineswegs "unausweichlich" (Arndt); gleichfalls nicht deshalb, weil nur rechtskräftige Staatsakte zu Kriminalstrafen verurteilen können (Arndt); denn wie oben gezeigt, ist die Rechtskraft keineswegs eine Besonderheit richterlicher Tätigkeit; "res judicata", im übertragenen Sinne, schafft vielmehr auch der Bußgeldbescheid, der materiell rechtskräftig werden kann, obwohl nach Arndt (S.24) ausschließlich wahrheitsbeweisende Staatsakte rechtskraftfähige Staatsakte sein können.

c) Gegen eine Verwaltungsstrafkompetenz wird weiter geltend gemacht, daß ein solches Strafverfahren dem "mittelalterlichen Inquisitionsprozeß" entspräche, "ohne daß der reformierte Strafprozeß Eingang gefunden hätte"[177]; da hier in einer Person Richter, Ankläger und auch noch

---

dennoch werden Überschneidungen zugelassen, zust. Klein S.17

173) Arndt, Festschrift S.19, dort auch zum Folgenden

174) Forsthoff § 1 (S.4)

175) Bender S.24

176) vgl. BVerfGE 3, 248 ff.

177) Habscheid MDR 66, 2; Schäfer in Löwe-R., Einl. S.52; Kischa Diss., S.169; Jescheck JZ 59, 462

Verteidiger zusammenfielen, befände man sich in jener psychologisch unmöglichen Situation, die schon im Mittelalter als ein "Hauptgebrechen des Strafprozesses" bezeichnet worden sei[178]. Damit sei, wegen der Voreingenommenheit, die Wahrheitsfindung unmöglich gemacht und der Grundsatz der "Waffengleichheit im Prozeß" verletzt[179].

Diese Ansichten zeigen deutlich, daß sie ausschließlich vom gerichtlichen Strafprozeß ausgehen (zu dessen Wesen es zweifellos gehört, daß der Staat als unbeteiligter Dritter entscheidet[180]), dessen wesentliche Merkmale aufzeigen und dann, da solche bei einem Verwaltungsverfahren nicht gewährleistet sind, folgern, daß deshalb ein Verwaltungsstrafverfahren nicht zulässig sei. Bei dieser Gedankenkette fehlt aber der Nachweis, daß sämtliche Strafen nur in einem so gearteten Verfahren verhängt werden dürfen. Wenn Niese (a.a.O. S.343) erklärt, daß sicher sein sollte, daß eine Behörde, die in irgendeiner Form staatsanwaltliche Funktionen wahrnimmt, nicht zugleich auch Richter sein könne, oder Habscheid (a.a.O. S.6): "ein Verwaltungsbeamter kann nicht ... im Namen des Volkes aussprechen, wer ein Krimineller ist, ohne gegen den Grundsatz "nemo iudex in causa sua" zu verstoßen", so ist dem allerdings beizupflichten, sofern man den "Richter" in formellem Sinne als den Organträger versteht, der in ein Richterverhältnis berufen ist (so die h.M., s. oben § 5,1). Diesen Ausführungen kann aber nicht gefolgt werden, wenn damit allgemein für jede staatliche Tätigkeit ein Grundsatz aufgestellt wird. So stellt auch das Bundesverfassungsgericht[181] fest, der Grundsatz, daß niemand Richter in eigener Sache sein könne, gilt nicht, wenn die Verwaltung entscheidet[182]. Es sollte keinem Zweifel unterliegen, daß die, notwendig auch in eigener Sache entscheidenden, Akte der Verwaltung rechtlich insoweit unbedenklich sind. Der Grundsatz der Waffengleichheit gilt eben in der Regel nur im gerichtlichen Verfahren, nicht aber generell für jedes Verwaltungshandeln, wie z.B. das Ordnungswidrigkeitsverfahren zeigt[183]; er steht damit einer Verwaltungskompetenz nicht entgegen.

---

178) Niese ZStW 70, 343
179) Habscheid MDR 66, 4; Lotze NJW 56, 1541 f.
180) BVerfGE 3, 377 ff., 381
181) BVerfGE 3, 377 ff., 381
182) zu ergänzen wäre, da "sie" gar nicht formell Richter ist, somit auch kein richterliches Verfahren vorliegt.
183) zust. Mielke S.8

d) aa) Ein Verwaltungsstrafverfahren verletzt auch nicht grundsätzlich ohne weiteres das Recht auf den gesetzlichen Richter, Art. 101 I 2 GG[184]. Diese Vorschrift hat insoweit nicht eigenständige Bedeutung, sondern ist vielmehr von Art. 92 GG und dessen Auslegung abhängig.

Denn gesetzlicher Richter ist nur der Richter im Sinne von Art. 92[185]. Wenn aber ein Verwaltungsstrafverfahren mit Art. 92 HS 1 GG vereinbar ist, wie hier vertreten, so widerspricht dieses daher auch nicht Art. 101 I 2 GG, da dann der "gesetzliche Richter" der mit einem Rechtsmittel angerufene Richter ist, dem der Betroffene nicht entzogen werden kann, Art. 19 IV GG[186].

bb) Gleichfalls liegt darin kein Verstoß gegen Art. 103 I GG[187], da keine Verhandlung vor einem Gericht erfolgt, sondern vor einer Verwaltungsbehörde. Diese Norm ist wieder in Verbindung mit Art. 92 HS 1 GG zu lesen, so daß durch eine verfassungsmäßige Strafkompetenz der Verwaltung keine Verletzung von Art. 103 I GG erfolgt; dabei kann offen bleiben, ob die Verwaltung rechtliches Gehör vor einer Bestrafung gewähren muß, da Art. 103 I GG das zumindest nicht direkt gebietet[188]. Wenn Arndt (a. a. O., S. 28) ausführt, eine Bestrafung ist verfassungsrechtlich verboten, ohne daß das Grundrecht auf rechtliches Gehör vor Gericht gewahrt wird, so kann dem nicht zugestimmt werden, da sich ein solches Verbot nur aus Art. 92 GG ergeben kann; ob sich aus der Stellung von Art. 103 I GG im Abschnitt Rechtsprechung ergibt, daß Akte der Rechtsprechung der Verfassung nur entsprechen, wenn den Beteiligten Gelegenheit zu rechtlichem, d. h. gerichtlichem Gehör, gegeben ist[189], kann dahinstehen, da es sich bei der in dieser Arbeit als zulässig anerkannten Verwaltungsstrafkompetenz nicht um Ausübung von Rechtsprechung handelt.

cc) Schließlich verstößt auch die hier bezeichnete Strafbefugnis der Verwaltung nicht gegen Art. 6 I Menschenrechtskonvention. Wenn es dort heißt, daß jeder einen Anspruch darauf hat, daß seine Sache von einem

---

184) so aber Lotze a. a. O.; Hagedorn DÖV 66, 410 (für die g.V.)

185) v. Mangoldt-Klein, Art. 101 Anm. 3; Habscheid MDR 66, 7

186) i.E. Klein S. 50; Bender S. 47 f.

187) so aber Arndt, Festschrift, S. 28 ff.; Habscheid a. a. O.

188) Maunz-Dürig, Art. 103 Rdnr. 88, 97: Art. 103 I enthält auch keinen Anspruch auf Justizgewährung.

189) so Habscheid a. a. O.; Arndt, Festschrift, S. 30, der aus der Unmöglichkeit der Verwaltung, gerichtliches Gehör zu verschaffen, die Verfassungswidrigkeit von Verwaltungsstrafen folgert.

Gericht entschieden wird, so wird damit gewährleistet, daß keine staatliche Entscheidung ohne die Anrufungsmöglichkeit des Richters ergehen darf. Nur für Todesstrafen und Freiheitsstrafen (Art. 2 I bzw. 5 I a) wird die ausschließliche Richterzuständigkeit angeordnet. Die Konvention beinhaltet somit dieselben Regelungen wie das Grundgesetz[190], so daß insoweit auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden kann.

9. a) Von dem hier gefundenen Ergebnis, daß neben der Gütereinbuße das Erscheinungsbild der Kriminalstrafe, d.h. die Ersatzfreiheitsstrafe, bestimmend für den Umfang der Rechtsprechung ist, geht auch der Gesetzgeber des WiStG aus. Dieses Gesetz löste gem. § 102 eine Vielzahl von Gesetzen ab, die in der Mehrzahl Ersatzfreiheitsstrafen vorsahen[191]. Sein Ziel war es, u.a., gerade die Ersatzfreiheitsstrafe abzuschaffen, "da der Ordnungsstrafe der Charakter einer Kriminalstrafe beigelegt würde, wenn für die uneinbringliche Ordnungsstrafe eine echte Kriminalstrafe als Ersatzstrafe verhängt würde"[192]."Es ist unmöglich, auf der einen Seite den Charakter einer Zuwiderhandlung als reine Ordnungswidrigkeit ohne kriminellen Hintergrund festzustellen, auf der anderen Seite aber eine - wenn auch nur ersatzweise - Kriminalstrafe festzusetzen"[193]. Genau dieselben Ziele verfolgte das OWiG 1952, indem es in § 69 ausdrücklich keine Ersatzfreiheitsstrafe, sondern lediglich, und das nur bei zahlungsunwilligen Tätern, eine Erzwingungshaft zur Beitreibung der Geldbuße festsetzte. An dieser bloßen Erzwingungshaft hielt auch ausdrücklich das OWiG 1968, § 96, fest[194].

b) Die vorstehenden Überlegungen, die zeigten, daß dem Richter nur die sog. fakultativen Freiheitsstrafen vorbehalten sind, berücksichtigen ein

---

190) Jescheck NJW 54, 783 ff., 785 Fußn. 28; Schäfer in Löwe-R., GVG § 13 Anm. 2; a.A. z.B. Schorn JR 65, 171 f., 172

191) vgl. § 102 WiStG 1949 Ziffern 1, 2, 3, 5, 6

192) Amtl. Begründung z. WiStG 1949, BuAnz. 1949 Nr. 3, S. 2 ff., 6 (zu § 96)

193) Kosterlitz-Zoebe 1949, § 96 Anm. I; ähnlich auch schon früher Goldschmidt, Begründung zum Gegenentwurf 1911, zit. nach v. Hippel, Strafrecht, II., 1930, S. 111 Fußn. 9: "Sobald wir uns in die Notwendigkeit versetzt sehen, ein Delikt mit Gefängnis zu bedrohen, ist... aus einem Polizeidelikt ein Justizdelikt geworden",

194) Anders allerdings § 7 BremLandesOWiG v. 16.7.57, wo eine Ersatzhaft nach Bestätigung (!) durch den Amtsrichter an Stelle der Geldbuße durch die Verwaltung festgesetzt werden kann. Diese Haft ist kein Zwangsmittel, sondern eine Strafe; anders § 7 d.G.: "... keine Strafe ..."

Argument, das immer wieder in Literatur und Rechtsprechung bei der Interpretation von Art. 92 GG herangezogen wird. Wohl aus der Einsicht heraus, daß es unmöglich ist, allein mit dogmatischen Überlegungen Begriff und Umfang der Rechtsprechung zu bestimmen, wird verlangt, mehr historische Gesichtspunkte zu berücksichtigen[195]. Danach ist Rechtsprechung "der historisch gewordene Aufgabenkreis der Gerichte"[196]. Wie aber schon eingangs festgestellt wurde, gehört zu diesem Aufgabenbereich, was die strafrichterliche Tätigkeit anbelangt, nicht die Verhängung von Strafen schlechthin, sondern nur die Verhängung von Strafen im Sinne des Strafgesetzbuches, also fakultativen Freiheitsstrafen. Die Verhängung dieser Kriminalstrafen erfolgte aber vor Geltung des Grundgesetzes überwiegend durch die Gerichte. Aus der oben dargestellten Betonung der persönlichen Freiheit, sowie aus der Wertentscheidung des Grundgesetzes für einen besonders starken Rechtsschutz bei erheblichen Eingriffen, ergibt sich, daß diese Strafen jetzt ausschließlich durch die Gerichte verhängt werden müssen[197].

c) Diese Zuständigkeitsunterscheidung nach dem Gewicht der Sanktion ist im übrigen auch für unsere Rechtsordnung keineswegs etwas Neues. Diese Unterscheidung findet sich z.B. auch in einem anderen Sanktionsrecht, nämlich dem Disziplinarrecht[198]. Im Beamtenrecht hat gemäß § 11 II Bundesdisziplinarordnung der Dienstvorgesetzte in bestimmtem Umfang die Disziplinarstrafgewalt; die schwersten Strafen, z.B. Gehaltskürzung oder Entfernung aus dem Dienst, sind ihm aber nicht anvertraut, noch deutlicher im Wehrdisziplinarrecht, vergleiche §§ 6, 43 der Disziplinarordnung.

10. Schlußbemerkung:

Das Ergebnis, das die vorliegende Arbeit herzuleiten versuchte, entspricht der heute h.M., denn auch sie geht davon aus, daß Kriminalstrafen dem Richtervorbehalt unterliegen und ihr Ausspruch zur rechtsprechenden Gewalt

---

195) Jesch, Bindung, S. 90

196) vgl. Feucht, Diss., S. 42 m.w.N.; neuerdings auch BVerfGE 22, 49 ff., 77: "traditionelle Kernbereiche der Rechtsprechung"; Bettermann, AöR 92, 496 ff., 500 mißversteht dieses "traditionell", wenn er ausführt, daß gerade das Steuerstrafrecht herkömmlicherweise zur Verwaltung gehöre; gemeint ist bei dieser historischen Sicht nicht das Unrecht, sondern die Sanktion; in diesem Sinne wohl auch Feucht a.a.O.

197) vgl. Feucht, BVerfG jeweils a.a.O.

198) zust. Gossrau 59, 929 ff., 931

gehört (s. z.B. oben 1 a). Im Unterschied zu dieser Ansicht wurde aber hier versucht, die Besonderheit der Kriminalstrafe und die Ursache ihrer Richterpflichtigkeit zu bestimmen. Diese weiteren Überlegungen waren gerechtfertigt, da sowohl die Geldbuße wie auch die gebührenpflichtige Verwarnung als Strafen qualifiziert wurden und sich damit die Frage nach der für sie zuständigen Staatsgewalt ergab. Diese Frage wurde aber nicht im Sinne der Strafbefürworter der gebührenpflichtigen Verwarnung und der Geldbuße durch Gleichstellung und Gleichbehandlung mit der Kriminalstrafe beantwortet. Es zeigte sich vielmehr ein Unterschied auf Grund der sog. fakultativen Freiheitsstrafe, wonach weder die gebührenpflichtige Verwarnung noch die Geldbuße von der Verfassung her richterpflichtig sind. Diese Folgerung stimmt zwar i.E. mit der Verwaltungsstrafrechtstheorie, ebenso mit der Ansicht der Strafgegner bei der gebührenpflichtigen Verwarnung, überein, sie unterscheidet sich jedoch in der dogmatischen Begründung.

Diese gesamten Überlegungen bedeuten aber nicht lediglich ein dogmatisches "Glasperlenspiel"; sie haben vielmehr auch erhebliche praktische Bedeutung, die hier jedoch nur noch angedeutet werden soll.

a) Die Geldstrafkompetenz der Verwaltung gibt dem Gesetzgeber wieder die Möglichkeit, sich bei Verwaltungssanktionen zu deren Strafnatur zu bekennen. Dadurch wird zum einen bei der gebührenpflichtigen Verwarnung (s. § 3 a.E.) der "Schlangentanz" verfassungsrechtlicher Begründung vermieden. Zum anderen wird bei der Geldbuße und damit bei den Ordnungswidrigkeiten vermieden, daß diese "wie die Feuerwehr als Mädchen für alles"[199] verwendet werden, wodurch sich die sonst mit einer Strafe verbundenen Schwierigkeiten wie von selbst lösen würden; das gilt z.B. für die Frage der Sanktion gegen juristische Personen (vgl. § 26 OWiG 1968[200]), und ganz allgemein für die Schuldfrage. Durch Rückbesinnung auf die Geldbuße als Strafe wird die hemmungslose Schaffung von Bußgeldtatbeständen verhindert, bei denen auf strafrechtliche Gesichtspunkte scheinbar keine Rücksicht zu nehmen ist[201].

b) Viel entscheidender scheint mir aber zu sein, daß durch die Erkenntnis, daß Geldsanktionen als Strafen auch durch die Verwaltung verhängt werden können, eine richtig verstandene "Entkriminalisierung" des Strafrechts

---

199) Lang-Hinrichsen, Festschrift für Mayer, S.62

200) vgl. dazu etwa Jescheck JZ 59, 461; Patzig, OWiG § 1 Anm. II

201) Baumann, AT, S.22, Kischa Diss., S.105

i.S. einer Beschränkung der Kriminalstrafe auf den Kernbereich der sozialschädlichen Handlungen möglich ist; denn Ziel einer solchen ist nur die Beschränkung der Kriminalstrafen, nicht aber der Strafen schlechthin (das war auch letztlich Ziel des Wirtschaftsstrafgesetzes 1942[202] wie auch des Entwurfes zum Strafgesetzbuch 1962[203]). Auf diese Weise wird dem großen Gewicht der Kriminalstrafe Rechnung getragen, die dadurch tatsächlich zur "ultima ratio" der staatlichen Sanktionen und auf das unerläßlich Notwendige beschränkt wird[204]. Dadurch hat der Gesetzgeber aber auch die Möglichkeit, innerhalb des Strafrechts zu unterscheiden zwischen Kriminalunrecht zum einen und zum anderen Unrecht, das nicht völlig straflos bleiben kann, das aber nicht kriminalstrafwürdig ist. Die für solche Unrechtstatbestände erforderliche, von der Kriminalstrafe verschiedene "Strafe" (der unterschiedliche Name ist zur Hervorhebung des Unterschieds gerechtfertigt), beläßt der Kriminalstrafe ihr Gewicht, macht aber deutlich, daß das betreffende Unrecht nicht bloß ein Verstoß gegen "zweckbedingte Ordnungsvorschriften" ist. Die Namensverschiedenheit ist daher nicht bloß "Etikettenschwindel", sondern Ausdruck unterschiedlicher Tatschwere[205].

---

202) vgl. E.Schmidt, NdWiStr. S.84 f.

203) vgl. Jescheck, Grundlagen, S.357

204) Sax, Grundrechte, S.924; zust. Hamann, S.28

205) Noll, Strafe, S.18, Fußn.37

Lebenslauf

Am 22.10.1942 wurde ich als Sohn des Rechtsanwaltes Dr. jur. Franz Ruisinger und seiner Ehefrau Gertrud, geb. Höhnle, in Stuttgart geboren.

Nach dem Besuch der Volksschule in Stuttgart-Degerloch wurde ich 1953 Schüler des Wilhelmsgymnasiums in Stuttgart. Dort legte ich am 14.3.1962 die Reifeprüfung ab.

Vom Sommersemester 1962 an studierte ich Rechtswissenschaft. Nach jeweils 2 Semestern an der Universität München und an der Freien Universität Berlin schrieb ich mich für weitere 5 Semester an der Universität Tübingen ein. Am 15.11.1966 legte ich in Tübingen die Erste juristische Staatsprüfung ab.

Seit dem 1.9.1967 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst des Landes Baden-Württemberg.

Ich bin deutscher Staatsangehöriger.